

## 正当防衛における「防衛意思」の問題点 (一)

振 津 隆 行

はしがき

第一章 問題史的概観 (第三節第一款 以上本号)

は し が き

正当防衛による正当化が主観的要素に依存するか否か、およびいかなる程度で然るかという問題は、通常、「防衛意思」の問題として表示されている。そして、その際一般に論ぜられるように、わが国でいわゆる「偶然防衛」(たとえば、「山中で獵者が、仇敵を射殺する。事後的に、もしその獵者が先んじてその挙に出なかつたならば、かえってその相手方から射殺されていたであろうということが判明する」(「コーラーの例」)<sup>1</sup>)。この事例は、部分的に変更されて、正当防衛に関する議論において再三繰り返されている)等の事例につき、防衛意思の要否、その内容およびその法的効果を巡って、それなりの個別的問題領域を形成しているが、しかしかような事例がいれば学校の設例として、その非現実的虚構性の故に呻吟し、したがって問題がそれらに尽きるとするなら、実践的意義はそれほど大きくはない、ともいえよう。にもかかわらずなお、正当防衛の枠内における主観的要素の問題が取り扱われ、しかも大いに論争されるべきだとするなら、それは違法性の形成、したがってまた、全刑法理論に

とつて一般的意義があるからである。事実また、まさに正当防衛は、違法性の判断が主観的要素によっても影響されるかどうかという問題が再三にわたつてそれに提起されてきた刑法体系上の試金石の一つであり、そこで、防衛意思に関する狭い問題の背後に、違法性（したがつてまた、適法性）の本質に関する一般的・基本的問題との対決が予定されているのである。<sup>(2)</sup>

そして、これらの諸問題の個別的顕現が、わが国の近時の刑法学界の理論的動向をも考慮する場合に、客観的違法論を法益侵害説（いわゆる結果無価値論）の観点から再構成しようとする視角から、一般的主観的違法要素としての故意というテーゼに対して厳しい批判を加え、さらには、違法性の積極的根拠づけのために通説によつて市民権を獲得したとされる個々の主観的違法要素をもラジカルに否定し、他方、これに対応する形でその消極的側面、すなわち、主観的正当化要素の典型例として従来から通説・判例が正当防衛の成立要件として要求してきた「防衛意思」を拒絶する諸見解が有力となりつつあるという事情からも察せられるように、<sup>(3)</sup>現在においても依然、違法の客観性とは何かという違法性の本質論を巡る根本的な論争問題が残存し続けているという点とも密接に連関するものともいえよう。

そこで、本稿は、違法論の変遷をも顧慮しつつ、<sup>(4)</sup>主観的違法要素ならびにその裏面たる主観的正当化要素の理論——本稿ではその典型としての「防衛意思」を中心に検討する——の再検討を企図すべくなされたものであり、それは同時に、私自身が別稿でも記したように「行為者主観、すなわち故意を果して主観的違法要素として維持し続けるべきかどうかという点も再考を要すべき問題である」<sup>(5)</sup>とした従来からの問題意識とも相即するものであり、したがつて、本稿はそれらの課題の遂行のためのささやかな一考察とも位置づけることができるであらう。

(1) 本事例は、コーラーの有名な例を變形したメッガーの設例である (Edmund Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1931, 2.

Aufl., 1933, 3. Aufl., 1949, S. 236<sup>6</sup>)。ちなみに、「コーラーのオリジナルな例とは、「私が、私の仇敵と考えているある者を憎悪と復讐心から打ち倒す。そして、彼が私の生命を狙っていたということ、すなわち、既に私が気づかなかった彼による攻撃が存在していたということ」および私が彼を憎悪から打ち殺さなければ、彼が私の生命を奪ったであろうということが事後的に初めて判明する」というものであり、元々コーラー自身はかような「無意識的正当防衛(unbewusste Notwehr)」も正当防衛たりうるとして、不要説の立場から右設例を提示したのである。Josef Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906, S. 208-209<sup>7</sup>)。Vgl. Rudolf Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934, S. 209; Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. Ueberschene und vernachlässigte Probleme (Strafr. Abh. H. 237), 1928, S. 68; Edgar Gustav Staab, Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr (Diss. Frankfurt 1953), S. 2 u. s. w. なお、本設例につき牧野英一「正当防衛と防衛意思」同・刑法研究第七(昭和十四年)三七七頁、大塚仁「正当防衛と防衛意思」同・刑法論集(1)(昭和十一年)一六〇頁、香川達夫「防衛意思は必要か」団藤古稀祝賀論文集第一巻(昭和五十八年)二六七頁等をも参照。

(2) 以上のような問題意識につき、vgl. Staab, a. a. O., S. 1-3.

(3) 最近の教科書に限定してみても、わが国では防衛意思不要説の増加ないし有力化傾向が看取されよう。たとえば、中山研一・刑法総論(昭和五十七年)二八〇—二八一頁、内藤謙・刑法講義総論(中)(昭和六一年)三四三—三四四頁、香川達夫・刑法講義(総論)(昭和五十五年)一五七—一五八頁、生田勝義(中義勝)吉川経夫(中山研一編)刑法1総論(昭和五十九年)一四〇頁以下、なお、平野龍一・刑法総論II(昭和五〇年)二四三頁、内田文昭・改訂刑法I(総論)(昭和六一年)一九五頁等。

(4) もっとも、筆者は「違法論の変遷とその課題——主観的違法要素の理論の再検討——」(仮題)なる論稿をも予定しており、違法論の生成・発展史ならびに主観的違法要素の理論の正面からの検討はそれに委ねたい。

(5) 拙稿「刑法における危険概念——危険概念の本質について——」刑法雑誌二四卷二号(昭和五十六年)三〇四頁。

## 第一章 問題史的概観

### 第一節 実体法的问题の原初的所在

一 さて、われわれの目下の問題領域そのものは、今世紀の問題としてみても、既にほぼ一世紀に及ぶ激烈な論争の歴史を経験してきており、現在でもなおその論争形成の渦中にあるものといえよう。もともと、その際——たとい異なった前提のもとであるとしても——その問題性それ自体は非常に長い歴史を有し、既に遠くローマ法および中世にまで淵源するものであり、しかも、歴史上、依然今日でも最もよく知られ、かつ最も代表的な正当化事由、すなわち、正当防衛が卓越した役割を演じてきたのである。<sup>(2)(3)(4)</sup>この点につき、バイダーが簡単なスケッチを与えているので、<sup>(4)</sup>予め以下これを中心に他の諸文献をも参看しつつ、若干の検討を加えることから始めたい。

二 本素材の実体的な側面の所在は、原初的に（われわれが今日述べるであろうように）正当防衛における主観的正当化要素であった。そのかぎりでは、当初からこの正当化事由に関連して、主観的正当化要素という要件が論ぜられたというのは怪しむに足りない。<sup>(5)</sup>だが、それがどこまで遡りうるかは問題であるが、バイダーによれば最も古い文献の箇所として、ローマ皇帝セウエルス・アレキサンダー（Alexander Severus 在位二二二—二三五）<sup>(6)</sup>のもとで近衛長官を務めたユーリウス・パウルス（Julius Paulus）に発するものとされる（二三五年頃）。<sup>(8)</sup>すなわち、『サビーヌスに関する第一〇巻（Libro X ad Sabinum）』（コンメンタール）の中で、これによれば、正当防衛は、それが「単に守るためになされ、もちろん、復讐するためになされたのではない場合に（tuendi duntaxat, non etiam ulcendi causa factum sit）」のみ不処罰（Strafffreiheit）へと導いた。もともと、たといこのパウルスの見解がより古い出典から継承されたものであったとしても、その当該箇所はパウルスからディゲスタ（『学説彙纂』）へと受け継がれ、したがって、五三三年以降法的効力をもったということでは決定的な意義が帰せられる。<sup>(9)</sup>すなわち、正当防衛からする行為は「不処罰（straflos）」に止まった一方で、復讐行為はこの概念に包摂されず可罰的であった。<sup>(10)</sup>なお、正当防衛の限界の意識的かつ意欲的な超過（過剰防衛）で他人を殺害する場合には、ローマ法に

よれば防衛意思を欠き、かくして、それは故意の謀殺のかどで処罰されたものともされている。<sup>(11)</sup>

かようなローマ法の見解は、カノン法への継承を通じてなお強化され、かつ広汎に普及したのである。三二一年に至るまでの初期キリスト教時代においては、キリスト教徒にとって何ら重要な文献がなかったために、正当防衛からする殺害は許容されようということ<sup>(12)</sup>。また、復讐および防衛(Adwehr)は同一視されていたということに対する示唆のみが見出され、したがって、その問題はまさに萌芽の中に含まれていたものであり、問題は責任主義による結果責任の解放の過程において現実的なものとなる。そして、ほぼ一二〇〇年頃、ボロニア大学のカノン法学派の圧倒的な影響下のもとで、一方で防衛(Adwehr)としての正当防衛(適法な防衛行為としての防衛のための行為)と他方で復讐(不適法な防衛行為としての復讐からする行為)との間の区別を、七人のカノン法学者(グラチアナスからグレゴリウス九世まで)の中に見出され<sup>(13)</sup>、再びこの区別の問題が役割を演ずるに至るのである。ローマ法王インノセント三世(Innozenz III)在位一一八―一二二六年)は、その教師フクッキオ(Huguccio 一二一〇年没)から、ディゲスタに顕れているパウルスの前記のメルクマールを継承した。すなわち、「……復讐を行なうためではなく、不法を防衛するために……(, . . non ad summendam vindictam, sed ad iniuriam propulsandam ; . . .)」という箇所がここでは重要なのである。その後、これは『グレゴリウス九世の教令集(Dekretalen Gregors IX)』(別名リール・エクストラ Liber extra、一二三四年)<sup>(14)</sup>に継承され、爾来『カノン法大全(Corpus Iuris Canonici)』の一部分として、全教会に対し法律効力を獲得する<sup>(15)</sup>。ここでも再び、防衛と復讐との間が区別され、パウルスおよび『ローマ法大全(Corpus Iuris Civilis)』に従って、被攻撃者が「復讐のために(, ultionis causa)」ではなく、「防衛のために(, defentionis causa)」行為したときにだけ、「免責される(entschuldigen)」ものと看做された。つまり、防衛目的(Verteidigungszweck)は「防御者の意思によって決定的なものではなかったのである」<sup>(16)</sup>。

それに相即しつつ、この意味において、トマス・アクィナス (Thomas von Aquin 一二二五—一二七四年) は、なるほど正当防衛において、攻撃者は極限的な場合には殺害されてもよい (間接的殺害 *indirekte Tötung*)<sup>(17)</sup> と表明したが、戦時における兵士や盗人の取り押えの際の行政官 (Polizist) は「彼らが個人的な激情から動機づけられた場合には」、かような状況にもかかわらず罪となろうとしたのである。<sup>(18)</sup>

なお、以上のところから法的効果との関連で重要な点は、ローマ法においては正当防衛の承認はその所為が「罰せられない (strafrei)」ということだけを明らかにした一方で、ボロニアのカノン法学者達にとっては「責任の問題 (Schuldproblem)」として考えられたのである。<sup>(19)</sup> もっとも、ほぼ同時代のドイツのラント諸領域においては、正当防衛による殺人の承認は (一一五二年および一一七九年のラントフリーデにおけるように)、通常、行為者は刑事罰から解放されたということを意味するにすぎないのであり、他の法的不利益が彼にしばしば課せられたものとされている。<sup>(20)</sup> そして、バイダーによれば、問題性はそれに限定されていたのである。<sup>(21)</sup>

# (1) 不法と責任とは当時区別されていなかった。

なお、この点につき若干触れておくと、歴史的に観れば、ローマ法においては、正当防衛、緊急避難ならびに夜盗および現行犯で捕えられた姦通者の殺害権といった個々のこれに属する一連の諸事例を知っていたが、違法阻却についての一般原則を知らなかった (Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1884, S. 121. など、黒田誠「行為の違法」(大正五年)二頁、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌八〇巻五号(昭和三九年)六一八頁等をも参照)。それらは、それなくば可罰的な行為が処罰されない個々の事例を、その時々を要請に応じて、散在的に挙示され、それらに対する関心は、ただ不処罰という実践的な効果だけであって、違法阻却か、責任阻却か、あるいは刑罰阻却かといった点は相互に曖昧模糊とされていたのである (Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. II, 1930, S. 182 u. s. w.)。すなわち、必要なドルス (dolus) が無いということ、違法性ではなく、その所為の可罰性が排除されるものと考えられていたのである (v. Liszt, a. a. O., S. 121. もっとも、かような単純な把握ができないことを、リストが注記して挙げている Alfred Pernice, *Labes Römischen Privatre-*

cht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. II, 1. Abt., 2. Aufl., 1895, S. 19ff. が詳説している)。

そして、かような状況は、中世ドイツ法において同一であった。そして、中世後期の原典における正当防衛の詳細な論及がなく、個々の緊急避難の強調とならなく、特に凶犯にわたって承認された被害権が卓越する役割を演じている。このことは、中世イタリア法家、カローナなど、しばしば提った概念である普通法の隠微性を示している (vgl. Liszt, a. a. O., S. 121 ; Max Horrow, Grundriss des österreichischen Strafrechts mit besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung, I. Bd. Allgemeiner Teil, 1. Hälfte, 1947, S. 94 Anm 16 ; Georg Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931, S. 87 ; Joseph Heimberger, Zur Lehre vom Ausschlag der Rechtswidrigkeit. Ein geschichtlicher Beitrag, in : Festschrift für die juristische Fakultät im Gießen, 1907, S. 386u. 397 ; Hinrich Rüping, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 1981, S. 43 (= H. リーピング著川端博一・曾根威彦訳「ドイツ刑法史綱要(昭和五九年)七四頁以下」等)。

したがって、犯罪概念要素としての違法性の認識は、ローマ法やドイツ中世法では何ら問題とならなうのであるが、この点に反して、中世ドイツ法では、違法概念形成の萌芽は刑法学の創始者たる後期注釈学派およびその依拠者において見出される。この点、ナキムス (Tiberius Decianus, 1509-1582) の説の展開について論究を加えているのが、詳しくはそれらを参照されたい (vgl. Friedrich Schafstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 63ff. ; Horrow, a. a. O., S. 94u. 167f. u. s. w.)。

- (2) Robert Steinbach, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten. Studien zur Begründung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, deren Inhalt und Konsequenzen, 1987, S. 1.
- (3) なお、正当防衛そのものの歴史的展開についてのわが国の文献として、曾根威彦・刑法における正当化の理論(昭和五五年)四頁以下、津田重憲・正当防衛の研究(昭和六〇年)一頁以下等参照。
- (4) Herbert Waider, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970, S. 2ff.
- (5) So auch Steinbach, a. a. O., S. 1.
- (6) なお、セウエルス・アレキサンダーがアレキサンダー・セウエルスと呼ぶかにつき、船田享二・ローマ法第一巻(昭和四三年)二五三頁注(一)参照。
- (7) パウルスにつき、たとえば、船田・前掲書三二六頁以下等参照。

- (8) スティンバッハは「バイダーを引用して」「三三五年のパウルのコンメンタールだとするが(Steinbach, a. a. O., S. 1)」「かつとも「バイダー自身は明言しておらず」「三三五年頃とするのが正しいであろう」。
- (9) D. 9, 2, 45, §4.
- (10) Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, Neudruck 1955, S. 620-621.
- (11) Vgl. D. 9, 2, 5 pr. ; Franz Josef Schreiber, Die Beurteilung der Notwehr in der christlichen Literatur zwischen dem 4. und 12. Jahrhundert, Diss. Erlangen, 1966, S. 59 Fugh. 11 ; zitiert nach Steinbach, S. 1.
- (12) Bernhard Schöpf, Das Tötungsrecht bei den frühchristlichen Schriftstellern, 1958, S. 86 ; zitiert nach Waider, a. a. O., S. 2.
- (13) Vgl. Stephan Kuttner, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, 1935, S. 349, Anm. 1 ; zitiert nach Waider, a. a. O., S. 3.
- (14) 「中世法史概説(昭和四六年)」一六八頁等参照。
- (15) X. 5, 12, 18 ; zitiert nach Waider, a. a. O., S. 3 Fugh. 9.
- (16) Kuttner, a. a. O., S. 349 ; zitiert nach Waider, a. a. O., S. 3.
- (17) Vgl. Waider, Bemerkungen zum Naturbegriff und zur Lehre von den Ehezwecken im Anschluß an die Entscheidung BGHSt 16, S. 175ff., ZStW Bd. 75, 1963, S. 243-245.
- (18) Thomas von Aquin, Summe der Theologie, 2. Aufl., 3. Bd. hrsg. von Bernhard, 1954, II, II, q. 64, a. 7. ; zitiert nach Waider, a. a. O., S. 3, 54. トマス・アキナスは「私人が例外的に他人を殺害する権限がある」と主張する可能性があることを考えた。彼は「敵対者の殺害がかかる行為——その行為の目標が唯一ただ「[自己]の生命の維持 (conservatio propriae vitae)」である——の偶然的な副次効果として考えられるときのみ「正当防衛を許される」と考えたのである(vgl. Schreiber, a. a. O., S. 151 ; Steinbach, a. a. O., S. 2)°
- (19) „strafrei“と„schuldig“との概念を区別する「ラチアヌス以来の責任論および結果責任の漸次的解放等について」Waider, a. a. O., S. 3 Fugh. 13u. 14に告示された諸文献等参照。
- (20) 他「法的不利性」「人命金(Wergeld)が損害賠償として課せられた」とも述べている。Vgl. Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 74-75 ; Claudius Freiherrn von Schwerin = Hans Thiene, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 1950, S. 214 u. s. w. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.



れらに対し、ケラーとともに疑問を呈するものとして、津田・前掲書五七頁。

(21) Waider, a. a. O., S. 4.

## 第二節 一八八〇年頃の問題状況

一 上記のごとく、本問題の発端そのものは既にローマ法およびカノン法に見出され、また道德神学の歴史においても見出すべきものとされている。<sup>(1)</sup>しかし、以下では一八七一年のドイツ帝国刑法典成立直後の状況を瞥見しておこう。

もっとも、一八七一年頃、すなわち「主観的違法要素」の理論が出現する前史の段階においては、周知のようにその主唱者としてアドルフ・メルケルを擁する主観的違法論と、違法性を純客観的に外界の事象として捉えるべきだとする客観的違法論との理論的対立の渦中にあつた。<sup>(2)</sup>まさに、一八八〇年頃の問題状況はかような理論史的背景をも考慮されねばならないであらう。

さて、既に一八八五年にオッペンホフは自己の立場を明示することなく、今日でもなお示めされる「防衛意思」の欠如の場合において、既遂論、未遂論、無罪論の三つの解決の可能性のあることを引き出している。<sup>(3)</sup>すなわち、オッペンホフによれば、「客観的正当防衛」は現実に存在するが、行為者がそのことを知らず、したがってまた、自己または他人を防衛するという意図で行わない場合において、(1)ピンディング(一八七七年)はそれを既遂犯の責任があるものとし、(2)ヴプリー(一八七八年)は未遂の刑で処断されるものと考える。それに対して、(3)ライヒ裁判所(一八八二年)は、現在の違法な攻撃を回避するために、防衛が客観的に必要であつたというかぎりでのみ、行為の動機は重要ではなく、正当防衛が成立するとされているのである。そこで以下、これらの諸論拠を検討しておきたい。

二 ビンディングは、彼の『規範とその違反第二巻』（初版・一八七七年）<sup>(4)</sup>において、ここで関心のある議論を、以前の（früher）故意ではなく行為の瞬間において存する故意のみが決定的たりうるという彼の命題に結びつける。その説明のために、彼は現実が生じた事件を修正した「興味深い法律事例」（有名なアルプレヒト事件とされているもの）<sup>(5)</sup>を挙げている。

卓越した評判の若い彫刻家——名はアルプレヒト——は、彼の愛する母親が粗暴な継父によって永続的な非道い虐待を受けていることに心底から心苦しく感じていたが、ある夜、再び両親の寝室から喧騒が聞こえてきたとき、斧で継父を殺害しようとして決意する。彼が灯りと手斧をもってその室に足を踏み入れるときに、彼は母親のベッドの上で継父がひざまずいているのを見、そして彼女に次のように大声でどなっているのを聞く。「さあ、お前を射殺してから、おれも死ぬ。殺してやる！」と。母親は、「射ちなさいよ。そしたらすべてが終るわ！」と答える。そこで、その息子は「母親を救うために」それが正しい正当防衛の武器となることを意識しなかったところの凶器たる手斧をすばやく振り上げ、父親の頭を割ることで、彼の射殺を阻止する。これにつき、ビンディングは以下のように考える。「このことを行う権限をもって母親を救うという意図（Absicht）は、犯罪的故意を排除するのであり、アルプレヒトはそのことを意識する必要はない。彼がその室の薄暗がりのために、母親の危険な状態を全く気づかなかつたが、依然母親を救うためにまさに適時に父親を打ち殺したとするなら、既遂の謀殺が存しう。かように密接に許される行為と最も重大な犯行とがしばしば相互に限界を画するのである。」<sup>(7)</sup>

以上のところから、ビンディングは、「防衛意思」を客観的正当防衛状況の認識として捉えていること、またその欠如は既遂となること、さらに、既述のように防衛意思を故意、すなわち責任との関連で述べている点に注意しておかねばならない（すなわち、<sup>(9)</sup>）<sup>(10)</sup>。ここでもビンディングの「規範論」からする主観主義的体系の一端が見出されるものといえよう。<sup>(10)</sup>

なお、同様にこの期に、ヘルシュナー等も同旨の主張を行なっていたのである。<sup>(11)</sup>

三 それに対して、翌年一八七八年の論文で、v・プリーはビンディングの事例と結論を挙示して、「むしろ、その息子は、なんといっても彼の行為は少なくとも客観的に正当化されるものなのだから、謀殺未遂のみが要請されうるにすぎないものと私は信ずる。」<sup>(12)</sup>として未遂論を表明しているが、それ以上の実質的論拠は与えられていない。

もっとも、後年（一九〇九年）ビンディング説に同じく反論した、v・パールによれば、なるほど「正当防衛は、行為の判断に関して考察するために、行為者は違法な攻撃を防衛するという意図（Absicht）をもつて、すなわち、目的（Zweck）をもつて、行為すること、かくして、正当防衛状態の客観的存在が十分ではないということ——この問題を注目させたのはビンディングの巧績である」<sup>(13)</sup>（傍点原文隔字体）としながらも、パールは、かような防衛意思の問題は結局未遂の問題であり、そして更に逆の事例が誤想防衛に関するものであるとする。すなわち、誤想防衛にあつては、行為者は現在の違法な攻撃を回避しようという誤信に捉われていようことで客観的な正当防衛において行為するのではなく、他方、彼はここでは客観的に正当防衛の中にあり、しかし、「違法な故意」をもって犯罪を犯そうとするのである。だが、違法な攻撃を企てようとする者は、この攻撃のために、正当防衛を度外視して、防衛的行為の中に存するであろうところの犯罪の不能な客体であろうというところで、不能な客体についての未遂に関する原則が考慮され、そして、それにより行為者は不処罰となる、とされている。<sup>(14)</sup>

かように同じく未遂論に立っても、その未遂観の相違により、前者のプリーは謀殺未遂による処罰を、後者のパールは不能未遂による不処罰をそれぞれ主張しているのである。

四 では、シュペンデルが不要説の立場を補強するために判例は当初は不要説であつたとして挙げる無罪説に立つとされるライヒ裁判所の見解はどうか。<sup>(15)</sup>

〈ライヒ裁判所一八八二年一月一〇日第二刑事部判決〉<sup>(16)</sup>

被告人（A女）は、山林監視員らが相被告人R（A女の息子）が無権限の狩猟行為（密猟）によって獲た鹿を捜すため、A女の家を搜索し、干し草置き場に昇ろうとした際に、A女が階段に立ちふさがり、しかも実力を行使して初めて排除しうる程度の方法で、その搜索を阻止しようとした。その後も、官吏は繰り返し攻撃され、特に山林監視員Pは、彼がその干し草置き場の藁の中に隠してある鹿を発見したとき、階段の昇り口から引きづり降ろそうとされたというものである。

本件についていくつか争点はあるが、そのうち、その森林官らのA女の家屋の搜索は権限がない（刑訴法一〇五条における検事局の補助員に属していない）とするなら、彼らの搜索は不適法であって、被告人（A女）による息子のための犯罪庇護（刑法二五七条）は、たとえば、彼女の家の干し草置き場に、その息子による鹿の隠匿を知りながら黙認するという点にはなく、A女が搜索を阻止するために官吏に抵抗するという反抗行為の中にだけ見出される、とする。しかし、「被告人は、彼女の家屋の不適法な搜索の防衛のために権限を与えられていたであろうし（§78 Einleitung zum allg. LR; §§141, 142 Thl. I Tit. 7 allg. LR）そして、刑法典第五三条によれば、その行為が正当防衛によって要請されていたときには処罰されるべき行為は存在しないのであり、その際に、防衛が現在の違法な攻撃を回避するために客観的に必要であるかぎりでのみ、行為の動機は法的に重要ではないのであり、そこで被告人は、たとい彼女がその息子に狩猟違反による利益を保全するという動機から行為したであろうとしても、被告人は想定された不適法な家宅搜索による官吏の防衛を通じて、何ら可罰的な行為を始めるものではない。」<sup>(17)</sup>（傍点筆者）。もっとも、本件ではライヒ裁判所は無罪を言い渡したくなかった故であろうか<sup>(18)</sup>、二人の山林官は一八八一年一月二三日の内務・司法大臣の共同命令によって検事局の補助員（§53BGB）たる資格があったにもかかわらず、第一審はその職務権限について誤認があるとし、刑訴法一〇二条以下による家宅搜索

が適法であったかどうか、したがって、可罰的な反抗が観念的に競合する犯罪庇護とともに存するかどうか再吟味すべしとして、被告人A女の抗告を破棄・差戻したのである。

以上のように本判決で重要なのは、傍点部分、すなわち、正当防衛にとつては防衛が「現在の違法な攻撃を回避するために客観的に必要であるかぎりでのみ」、行為の動機は法的に重要ではないとしている点である。すなわち、本件でライヒ裁判所によれば、「彼女の息子に狩猟違反による利益を保全するという動機から」、したがって、なるほど攻撃目的をもっているが、権限のない官吏の違法な侵害を回避するという意思をもっていなくても、山林監視員に対し彼らの住居の搜索を阻止しようとした婦人は、この家宅搜索が不適法な場合には処罰されないのである。かような見解からは、正当防衛は純粹に客観的状況に従って判断されているといえるのであり、防衛意思の不要説、したがって無罪説を推断することも可能であろう。<sup>(19)</sup>

もっとも、その後本判決を継承したとされる一八九七年六月四日に同じ第二刑事部で出された判決によれば、<sup>(20)</sup>  
「正当防衛は、自己又は他人の現在の違法な攻撃を回避するために必要な防衛によつて、報復の動機からでも行なわれうる」として一面前判決に従い動機は問題ではないとしながら（一八八二年判決の参照を要求している）、他面、前判決で示めされた「客観的必要性」を挙げることなく、「それ故被告人らが、現在の違法な攻撃を回避しようとしたとするなら、彼らが同時に報復を行なおうと欲していたことは問題とはなりえない。」<sup>(21)</sup>（傍点筆者）として、防衛目的以外の他の復讐目的等との併存を許容しながら、逆に防衛意思も補足的に要求するような口吻がうかがわれ、<sup>(22)</sup>後に見る防衛意思の必要説（主観説）の明示的判決（一九一五年）への架橋をもなしているのである。

以上のように、前世紀の八〇年代において今日と同様の問題状況が存し、既遂論、未遂論、無罪論が既に出揃っていたのである。もっとも、当時はこの問題についてはあまり重大なものとは考えられておらず、<sup>(23)</sup>それらを巡る

激論と理論的深化は今世紀への転換とともに展開するのである。

- (1) Waider, a. a. O., S. 83.
  - (2) Vgl. z. B. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS Bd. 89, 1924, S. 207ff.; Werner Braun, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, 1936, S. 3 u. s. w. だが国びは、佐伯千仞「主観的違法と客観的違法」同・刑法における違法性の理論（昭和四九年）五五頁以下、竹田直平・法規範とその違反（昭和三六年）二四二頁以下、高橋敏雄「主観的違法性と客観的違法性」同・違法性論の諸問題（昭和五八年）一頁以下等々多数の文献がある。
  - (3) Friedrich Oppenhoff, Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1885, §53, Anm. 10（ただし「私が被見」などのはその第一版・一八八八年であるが、同一の指摘がなされている）； dazu vgl. Waider, a. a. O., S. 83ff.
  - (4) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1. Aufl., 1877, S. 194； ders., Bd. II, 1. H., 2. Aufl., 1914, S. 611f.
  - (5) Vgl. Waider, a. a. O., S. 84 Anm. 11.
  - (6) Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 236 Anm. 16.
  - (7) Binding, Normen, Bd. II, 1. Aufl., S. 194； Bd. II, 1. H., 2. Aufl., S. 612； so auch Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, §150, III, S. 750 und dort Fußn. 66（「ついでに」最後の Handbuch びは「なるほど」以前防衛にならなかつた防衛意思が要求され、加えて「意識（Bewußtsein）」と「意思（Wille）」との間が区別されているが、その性質、構造および問題には触れられず、まじつや解釈学上の基礎にこつては提示されつゝなかつたのである [vgl. dazu Steinbach, a. a. O., S. 96]）。
  - (8) Vgl. Mezger, GS Bd. 89, S. 304.
  - (9) Staab, a. a. O., S. 20 und dort Anm. 1.
  - (10) コンテンツの理論が依然責任を中心とした主観主義的犯罪論体系であることが明白に「たゞ、たゞ、」莊子邦雄「故意の体系的地位」刑法雑誌一四卷一号（昭和四〇年）三九一四〇頁等参照。
- なお、「主観的不法 (subjektives Unrecht)」と「客観的不法 (objektives Unrecht)」との区概念の多義性とも関連して、コンテンツが主観的違法論者か否かの評価を認めて昔から争うがもの。 Dazu vgl. Eduard Kohlrausch, Irrtum und Schuldbe-griff im Strafrecht, 1903, S. 48ff.; Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 145ff. u. s. w. など、増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九卷五号（昭和五二年）一一三頁注⑤、高橋・前掲書

一頁以下等参照。

- (11) Hugo Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 272 Anm. 2. なお、ヘインも既述論者である(Heiz, Das Wesen des Vorsatzes im heutigen gemeinen deutschen Strafrecht, Diss. Strassb., 1885, S. 36-37)といふことも指摘されている(中義勝、誤謬防衛論(昭和四十六年)四六頁以下、特に五五頁以下、佐久間修、刑法における事実の錯誤(昭和六十二年)三八五頁以下参照)。
- (12) Maximilian von Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht, GS Bd. 29, Beilageheft, 1878, S. 107.
- (13) Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III. Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, 1909, S. 206.
- (14) v. Bar, a. a. O., S. 206-207. Vgl. auch Staab, a. a. O., S. 4f. ; Waider, a. a. O., S. 84 Anm. 11.
- (15) Günter Spendel, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrerfordernis, in Bockelmann-Festschr., 1979, S. 247f. ; ders., Leipziger Kommentar (10. Aufl.), 1985, §32 Rdn. 138.
- (16) Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 4, 1882, S. 804ff.
- (17) RGRspr. Bd. 4, S. 805.
- (18) Vgl. Waider, a. a. O., S. 85.
- (19) Vgl. Spendel, Bockelmann-Festschr., S. 247f.
- (20) RG ; in : GA, Bd. 45, 1897, S. 272.
- (21) RG GA, Bd. 45, S. 272.
- (22) Vgl. Rudolf Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten ? -OL G Hamm N JW 1962, 1169, in : JuS 1963, S. 64 ; Steinbach, a. a. O., S. 92.
- (23) RG ; in : Deutsche Strafrechts-Zeitung, 1916, S. 250.
- (24) Waider, a. a. O., S. 86 ; Steinbach, a. a. O., S. 96.

### 第三節 今世紀における展開

## 第一款 一九三〇年代頃までの状況

### 一 概観——古典的不法論から新古典的不法論へ

一 その首唱者として、v・リストおよびベーリングが挙げられる古典的不法論(klassische Unrechtslehre)は、一九世紀に時代を風靡した自然科学的思考(科学の実証主義)を社会・哲学的背景として、因果的な法益侵害、すなわち、結局のところ外界を可視的に変更し、したがって、自然科学的認識方法の手助けをもって把握されかつ概念づけられうるものとして、客観的なものを絶対化する不法観を樹立した(もともと、ベーリングおよび初期のリストにおいては、違法とは法秩序に違反することだとされ、形式的・規範的性格が強く、その自然主義的体系においては「規範的異物」なのではあるが、その体系内的矛盾を「法実証主義」が補填したのである。それ故、古典的体系の基礎としての違法性の純客観的性格は、レフラーによって擁護されていたものといえよう。そこで、他方人格としての惹起する人間は、不法の領域では評価されず、すべての内心的なもの、すなわち外界にとつて認識可能でないもの(主観的・精神的要素)は責任の問題にとつてのみ役割を演ずるものと考えられた。

かような不法観は世紀の転換期を経て今世紀にまで広く影響を及ぼし、一方で客観的なものと他方で主観的なものの、すなわち、違法と責任との峻別は一切の刑法研究の出発点となった。

二 だが、刑法的自然主義に基づくリスト―ベーリングの体系は、今世紀への転換後間もなく新カント哲学(特に、西南ドイツ学派)に基づくいわゆる新古典的不法論(neoklassische Unrechtslehre)によつて、犯罪体系のほとんどすべての要素に及ぶ一連の根本的な修正を余儀なくさせた。かような犯罪観へと導いた変遷の原因こそは、グリュンフトがスローガンのに、「論理的な規範解釈から評価的意味理解(wertende Sinnerfassung)」と特



色づけたところの方法論的前進における変更であった。純形式的な不法の考察（法実証主義的な「法規範に対する形式的な違反」に代って、刑法典に基礎を置く目的（Zweck）によって、犯罪の一般的メルクマールを解明しようとする目的論的不法概念（teleologischer Unrechtsbegriff）が登場したのである。<sup>(9)</sup>

かような目的論的不法概念から出発して、実質的違法論の展開、主観的違法要素の承認等が一般化してゆくのであるが、もともと、新古典的不法論は原則的に客観的、不法考察の必要性を固持していた。法は、「法に服している者の外部的に秩序づけられた共同生活を保障する」ために存しよう。それに相即して、（不法）規範の機能は、「この秩序に背反するもの」を確定することに限定される（客観的評価規範）<sup>(10)</sup>。個々人の名宛に向けられた決定規範は——命令説とは異なり——不法判断にとって重要ではない。それは、行為者の人的な責任の問題にだけ関係するにすぎない。故意、意図（Absicht）および過失といった主観的な処罰条件は、本説によれば、原則的に責任の判断にとって重要であり、他方、主観的違法要素は個別的論証を要する例外的性格としてのみ承認されていたにすぎない。<sup>(11)</sup>

では、かような違法論における変遷が「防衛意思」の問題にどのように反映したかを、個々の学説・判例に当りながら、以下若干の検討を加えてみたい。

- (1) Vgl. z. B. Steinbach, a. a. O., S. 14ff.; Bernd Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 19 u. s. w.
- (2) Beising, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 31.
- (3) v. Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., 1884, S. 94.
- (4) Dazu vgl. Schünemann, a. a. O., S. 20.
- (5) Alexander Löffler, Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr, ZStW Bd. 21,

1901, S. 564.

(9) Vgl. Hans Heinrich Jescheck, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW Bd. 93, 1981, S. 8.

(7) Vgl. z. B. Steinbach, a. a. O., S. 14ff.; Dietrich Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, 1985, S. 87 u. s. w. 44 内藤「目的的行为理論の法思想的考察」, 刑法雑誌九卷一号(昭和三十三年)三頁以下、拙稿「オーストリアにおける現代的犯罪論の展開」, 金沢法学二八卷一号(昭和六〇年)四頁以下等々参照。

(8) Max Grünhut, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, 1932, S. 13.

(9) Kratzsch, a. a. O., S. 87f.; Schünemann, a. a. O., S. 27f. u. s. w.

(10) Vgl. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS Bd. 89, 1924, S. 242; ders., Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 164.

(11) Vgl. z. B. Mezger, GS Bd. 89, S. 239ff.; ders., Lehrbuch, 3. Aufl., S. 163ff.; v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, 26. Aufl., 1932, S. 174f.

(12) Vgl. Kratzsch, a. a. O., S. 88f. なお、拙稿・前掲金沢法学二八卷一号八頁以下等をも参照。

## 二 諸説の検討

一 さて、一九世紀後半から末にかけての主観的違法論と客観的違法論との激論を経て、なおその余燼は熾りつづけたものの、まさに今世紀初頭(一九〇一年)にレフラーは、「近年の全く皆さんの諸文献は、客観的不法が存在するという点で一致している。熱心に探したにもかかわらず、私もまた反論を発見しえない。」と表明しえたのである(もともと、このレフラーの「客観的不法の承認における一致」という表明は、その直後に公表されたコールラウシュ(一九〇三年)<sup>(2)</sup>、フェルネツク(一九〇三、一九〇五年)<sup>(3)</sup>、グラーフ・ツィー・ドーナ(一九〇五年)<sup>(4)</sup>等の一連の論者によって動揺せしめられたのは周知のことであろう<sup>(5)(6)</sup>。それ故、今世紀初頭は主観的要素が所為の不法の客観的性格に影響を及ぼすという認識、すなわち、主観的違法(ないし正当化)要素の問題は、時

たま浮上したにすぎない。全くついでに行なわれた確定に何らの意義も帰せられなかった。<sup>(7)</sup>

とりわけ法実証主義に基づく形式的客観的違法論から出発するベーリングにとっては、<sup>(8)</sup>依然一九〇六年(『犯罪論』)には、行為者によって追求された目的が行為の適法ないし違法性に影響を及ぼすということは、若干の「特殊規定」(たとえば、民法二二六条のシカーネ禁止、刑法一二七条の警官の逮捕権限、軍刑法四七条)においてのみ問題となりうる純粹な例外であった。<sup>(9)</sup>したがって、何といつても、「違法性の純客観的意義は、その存否の判断にとって、行為者が追求した目的が原則的に顧慮されないというところにも明らかに現われる」のである。そのことは適法行為、したがってまた「防衛意思」に関しても、「適法な行為は、違法な目的がそれでもって獲得せんとされているということと違法となるわけではない。そこで、正当防衛行為、かくして現在の違法な攻撃の回避のために必要な防衛として客観的に示めされる行為は、何ら防衛目的(Verteidigungszweck)が追求されない場合でも適法である。」<sup>(10)</sup>として、防衛意思が明示的に否定されているのである。

また、同じく形式的客観的違法論から、ナーグラも一九一一年の論文において、「客観的法に対する単なる背反として違法性を捉えるなら、論理的には純客観的以外の何ものも把握されえない」とし、それ故、その中に存する「かような無価値判断は、責任要素あるいは意思要素も関与するかどうかと無関係に下されるのである」<sup>(11)</sup>(傍点筆者)と述べ、ただ、客観的違法性にとっての主観的要素の構成的意義の可能性(たとえば、刑法一九三条(正当な利益の擁護)、民法二二六条、事務管理)をやっと脚注で触れているにすぎないのである。

二 さて、前記のナーグラ論文が公表された一九一一年に、既に公刊されていたフィッシャーの違法性に関するモノグラフ<sup>(13)</sup>は、——主観的違法要素の理論に正面から取り組んだ最初のものとして、かような現象により大きな射程を与えたのだが——主観的正当化要素の問題をもより詳しく論じたのである。もっとも、フィッシャーは民法学者としてこの問題を論じ、したがって専ら民法上の正当化事由を取り扱ったが、にもかかわらず、

彼の研究は刑法にとっても重要であった。すなわち、正当防衛につきフィッシャーは、通説に反して二つの主観的正当化要素を要求した。まず第一に、正当防衛行為は防衛意思によって担われていなければならないということ、第二に、正当防衛状況は正当防衛行為者によって負責されることなく生じたのでなければならぬということである。<sup>(14)</sup>そして、特に第一の要素である防衛意思につき、彼は次のように述べている。「シカーネ禁止で不道德な目的が違法性を喚起するように、正当防衛にあっても違法性を阻却するか否かにとり決定的なものは外部的事実 (äußerer Tatbestand) ではなく目的 (Zweck) である。防衛目的 (Verteidigungszweck) が支配しなければならず、それは——たとい報復という副次目的が存在しようとしても、正当防衛を排除することはないが——手段を神聖にする。しかし、旧怨からまたは単に復讐心のみから攻撃者を侵害し、または長く続く殴り合いのある段階で、まさに攻撃してきた相手を激昂して打倒する者は、正当防衛で行為するものではない。」<sup>(15)</sup>と。そして、同様の主観的要素を、フィッシャーはさらに民法二二九条の自救行為および刑法五四条ならびに民法二二八条および九〇四条の緊急避難の諸事例等にも願慮しようとするのである。<sup>(17)</sup>

もともと、その際フィッシャーは極端な主観主義の危険をも十分認識し、特に法が心情警察 (Gesinnungspolizei) を導入することに対し警戒してはいたのである。<sup>(18)</sup>

だが、フィッシャーの見解は当時刑法学界に余り影響を及ぼしえなかったものであり、M・E・マイヤー等により批判すらうけたのであって、<sup>(20)</sup> 刑法学の領域では一九一五年、実定刑法の個別現象の考察および目的論的な方法と体系性から出発したヘーグラールおよびM・E・マイヤーにおいて初めて、主観的違法要素の原則的意義が浮上することになるのである。

三 ヘーグラールは主観的違法要素の理論を刑法において初めて、「犯罪のメルクマール」<sup>(21)</sup>に関する彼のチュービンゲン大学の就任講演において展開した。この講演は刑法体系一般に対する理論史的意義を獲得したのであり、

とりわけ彼の方法論、すなわちチュービンゲン民法学派、いわゆる「利益法学」(リューメリン、ヘック等)<sup>(22)</sup>の目的論的考察方法を刑法領域に転用しようとした点である。<sup>(23)</sup>チュービンゲンの教職の彼の前任者であるベーリングは、犯罪概念を圧倒的に形式的観点から基礎づけ、形式的カテゴリーに基づく刑法体系を構想したが、ヘーグラーは彼と異なり、「刑法の目的論的体系をスケッチしよう」<sup>(24)</sup>と試みたのである。彼は刑法の体系性を、法の諸領域が示しているすべての意思表示において担われている目的理念を探究し、かつ徹底してそれに基礎を置くときに初めて、しかもそのときにのみ十分な理解が可能であるという考慮から構築しようとする。「そこから、体系の理念として目的(Zweck)および下位目的(Unterzweck)に方向づけることが明らかとなるのである」<sup>(25)</sup>。

もちろんヘーグラーも、原則上犯罪とは形式的に法秩序が刑罰という効果を結びつけている人間の外部的態度、すなわち客観的要素に基づいて規定しようとする。<sup>(26)</sup>だが、ここで形式的ではなく、彼の目的論的考察から違法の実質を法秩序によって利益侵害として否認される(社会侵害性)外部的態度としながらも、正確には以下のようにならなければならないとする。「かような利益侵害を意味するのは常に外部的態度であるが、しかし常に外部的態度だけであるわけではない」<sup>(27)</sup>。刑法典の一定の構成要件に関してはかような見解に至らざるを得ず、それは一連の犯罪の記述から、立法者が記述された外部的態度そのものだけで社会侵害的なものと判断するのではなく、行為者の人格内の一定の心理的要素がなお付加されようときにのみかような評価に至りうるということを明らかにする(例として、刑法二四二条の窃盗、同二六三条の詐欺)として、主観的違法要素を基礎づける。

なお、これとの関連で付言しておく、ヘーグラーは刑法四三条の未遂犯をも「超過する内心傾向をもつ犯罪(Delikt mit überschüssigen Innentendenz)」の中に含め、<sup>(28)</sup>ここでも法律規定は外界に何らそれに対応しない精神的メルクマールが行為者において要求されるように構築されているとして、<sup>(29)</sup>既に未遂の故意を主観的違法要素として認めていたという点は重要であらう。

もつとも、これらに対し前記のベールングやナーグラがその一般的可能性に論及していた違法阻却事由における主観的要素については、ヘーグラは「どうして一定の主観的な目的、意図、もしくは見解の単なる存在が、さもなくば利益侵害的な態度からこの性格を奪い取り、目的が手段を神聖にするべきなのかは理解できない」とされ、正当防衛における防衛意思についても、「客観的に要求されるもの（客観的に必要な防衛手段、利益擁護の手段等）が『違法性』を阻却するなら、なぜに主観的なおそれに相即する目的（防衛目的、利益擁護目的）によって担われるべきなのかは不明確である」として明示的に否定されているのである。<sup>(31)</sup>

また、他方M・E・マイヤーもヘーグラとは同時に（一九一五年）、しかも方法的に同一方向にありながら相互に独立して、行為の客観的違法性は常に外界の中に存在する要素についてのみ、すなわち、「常に主体の目的を顧慮することなく確定されうるかどうか」を問題にして、周知のように「主観的違法要素」の概念を使用し<sup>(32)</sup>、しかもかような主観的要素を違法性の「真の」メルクマールとして表示し、特に責任要素から限界つけた（メフィストの誘惑に従った若い医者<sup>(33)</sup>の例）のである。その際、彼はヘーグラと同様「違法性の確定は目的論的考察である」として、主観的違法要素と責任要素との対立は目的（Zweck；Wozu）と動機（Motiv；Warum）、すなわち目的論的考察方法と因果的考察方法との対立の中にあると説明した<sup>(34)</sup>（教師の懲戒行為等の例）のである。

かようにして、マイヤーはヘーグラと異なり違法阻却事由について様々の場合に主観的違法（正当化）要素の存在を肯定したのである（たとえば、シカーネ禁止、治療目的、懲戒目的等）。が、しかしマイヤーも、本稿のテーマである防衛意思については何ら触れるところがなく、これを要求していないのである。<sup>(37)</sup>

四 他方、既に諸文献では「防衛意思」（とりわけ、主観的目的＝「意図（Absicht）」の意味における）を要求するもの（フランク）<sup>(35)</sup>も散見されていたが、前記のヘーグラおよびM・E・マイヤーの見解が公表された同年（一九一五年四月一五日）には、ライヒ裁判所第四刑事部によって防衛意思の必要性が明示的に初めて要求されるに

至ったのである。<sup>(39)(40)</sup> すなわち、「正当防衛状況にある者の意思が違法な現在の攻撃の防衛に向けられていたときのみ、防衛行為ということが語られうるのである。」(傍点原文隔字体)とされ、拳銃を発砲する際に、行為者には彼によって認識されなかった干し草泥棒を、その確認が容易となるように傷害を与えることではつきり目印を付けることだけが問題であって、かくして、彼の財産の占有を保持し、あるいは彼の人格に差し迫った危険を回避することが問題でない場合には、かような前提を欠くものであると判示したのである。<sup>(41)</sup> これは、即座にオルスハウゼンのコンメンタールに受け入れられたのである。<sup>(42)</sup>

その後間もなく、従来十分に区別されてこなかった「防衛意思」につき、正当防衛状況の「知見(Kennntnis)」と攻撃防衛の「意図(Absicht)」(ないし「動機(Motiv)」)との区別がケーラーにおいて明確に区別され(一九一七年)<sup>(43)</sup>、それはその後のメツガー、ジーバーツ等に受け継がれ今日まで同様に強調されるに至るのである。

さて、ライヒ裁判所第四刑事部は一九一五年の明示的判決に続き、一九一九年二月一九日の判決で必要説をより明確に打ち出すに至った。本件事実の概要は比較的単純であるが、その判示内容はかなり複雑なので、以下やや詳細に記しておく。

ヘライヒ裁判所一九一九年二月一九日 第四刑事部判決<sup>(45)</sup>

被告人Moは多くの仲間とともに狩猟(密猟)をしているところを、森林監視人(Waldaußseher)Pおよびその森林作業員等によって見つけられた。Pの指示で二挺目の銃を取りに行った森林作業員Mrは立ち戻る際に、密猟者達と出会い、そこで彼らに停止を要求したにもかかわらず停止しなかったので、威嚇の一発を発砲した。その後、密猟者達、特にMoは彼らを追跡してきたMr、Pおよび彼に同伴していた作業員らに発砲した。追跡を続けているうちに、双方から射撃が交わされたが、それらのどれも当たらなかった。最後に、Moがカービン銃で射った弾丸

がMrに当たり重傷を負わせた。Moは、特に重傷害の罪（刑法二三三条、二三三条a）で有罪判決をうけたのである。ライヒ裁判所は、重傷害につき原審を破棄・差戻した。

ライヒ裁判所によれば、森林監視員Pおよび作業員、特にMrは、彼らが被告人Moおよびその他の密猟者を逮捕しようとするかぎりでは権限があった。つまり、密猟者達は狩猟違反の現行犯で発見されており、PおよびMrならびにその他の作業員によって追跡されており、刑法一二七条によればだれでも、特にMrは彼らを暫時逮捕する権限があり、逮捕の試みおよびそれに役立つ追跡は違法ではなく、追跡に対する正当防衛は排除される。それに対し、PとMrは密猟者達を追跡するだけではなく、彼らに発砲した点において問題がある。つまり、第一撃を発射したMrは森林官(Forstbeamter)ではなく作業員にすぎず、武器使用の権限はなく(nach §1 des Pr. Gesetzes über den Waffengebrauch der Forst-und Jagdbeamten vom 31. März 1837) しかも、MrはPから銃を持って来るように委託されただけであって、射撃を委託されたわけではない。しかも、P自身も密猟者を射撃する権限はなかった(法令に規定する制服着用、ないしは官の標識を備えていなかったからである)。したがって、MoはかえってMrもPも森林保護官(Forstschutzbeamte)として認識しえなかったと主張しており、これを是認すれば、Pは密猟者達に射撃する権限はなかったということになる。よって、Mrが第一撃を密猟者に向け発砲することは攻撃を意味し、被攻撃者は刑法五三条で正当防衛をなし得ることになろう。もともと、ラント裁判所はMrによる第一撃を「威嚇射撃」としており、したがって、密猟者を当てようとせずそのような方向へ発砲していなかったとするなら、刑法五三条の正当防衛が問題ではない。ただし、本件で彼らが反撃を正当防衛によって要請されていると誤認していたとするなら、故意の欠如に基づき故意の傷害は排除され、誤想防衛についての原則の適用可能性が考えられよう。「さて、正当防衛ならびに誤想防衛(der echte wie der vermeintliche Notwehr)の前提は、防



御の意思 (der Wille der Abwehr) である。それが欠け、そして抗告人が Mr に対する射撃を専ら他の意図 (Absicht) で発射した場合には、刑法典五三条の本質的メルクマールが欠落するであろう。」そこで、もしラント裁判所が考えるように、抗告人は作業員 Mr を「かような方法で更なる追跡を不可能ならしめるために、実際に当て傷害しよう」と欲していた」とするなら、彼 (Mo) の行動は違法であり、したがって五三条も五九条も適用されない。だが、抗告人がカービン銃で Mr に向けて発砲したとき不当な射撃に対する防衛のみならず更なる追跡の阻止という意思から行爲したとも考えられ、かような場合、本件において「故意の不可分性のために」彼の射撃をその全体において五三条あるいは五九条によって不可罰なものとしても考えられうるであろう。また、現在の違法な攻撃が存在した場合に、抗告人によって選択された防衛が防衛のために必要であつたかどうかは不明であり、仮に、彼によって選択された防衛が誤まつて必要なものと考えられたとするなら被告人には五九条が適用されるであろう。すなわち、被告人は射撃から免れた、つまり、彼が停止し逮捕されたとするなら、それによって「森林保護官」にとつて更に射撃を行なう「原因」はなかつただろうとすることで武器をもつてする防衛の必要性を否定したラント裁判所の判決理由は、Mr は森林保護官であり、彼および P は射撃のために権限があつたとする上記の法律の適用の誤りに基づくものであり疑問がある。被告人は正当な利益を犠牲にし、あるいは危険に曝されねばならないときには反撃を思い止まることは期待されないのであり、また、彼の身体の安全および不可侵についての利益が権限のあるものであり、これらの利益は追跡者が近づき、その際に発砲するなら、停止すれば危険に曝されていたのである。そこで、抗告人が停止した場合相手方からの射撃が中止されるだろうと認識したかどうか、あるいは追捕者が依然として彼に発砲するだろうと考えなかつたかどうか等についてほとんど述べられておらず、これらすべては事実審裁判官による更なる説明を必要とする。云々。

以上述べたように、本判決は正当化行為の必要性の誤認等いくつかの論点を含んでいるが、本稿テーマとの関連で重要なのは、「さて、正当防衛ならびに誤想防衛の前提は、防御の意思である。それが欠け……（る）場合には、刑法典五三条の本質的メルクマールが欠落する」という点であり、さらに、本判決では、行為者は彼の行為の際に他の意図とならんで防御の意図をもっていたときには、「故意の不可分性」のために五三条により不可罰なものとして考えるべきであるとする点である。かくして、被攻撃者が防衛とならんで他の目標を実現しようとする状況は、ライヒ裁判所の見解によれば正当防衛を排除するものではないのである。<sup>(46)</sup>

なお、本判決はまた、ローベに継承され、「正当防衛ならびに誤想防衛にとって（für die rechte wie für die vermeintliche Notwehr）自ら防衛するという意思が必要である。行為が實際上自己または他人の違法な攻撃を防止するという結果を客観的にもったということは、この防御が欲せられていなかったときには十分なものではない。」とされていたのである。<sup>(49)</sup>

五 ザウアーは一九二一年の彼の著書『刑法の基礎』<sup>(50)</sup>で、文化（価値）科学、特に法律学に固有のものこそは規範的目的論的考察であり、自然主義的視点ではなく規範的視点においてのみその基本問題は正当に捉えられるべきことを強調する。<sup>(51)</sup>

ザウアーは刑罰の任務から彼の体系を展開する。刑罰は重大な不法に報復しなければならず、同時に責任を潰罪しなければならぬ。したがって、刑罰の二つの前提は重大な不法と責任である。そこから逆に彼は、犯罪を暫時有責な重大な不法と定義する。<sup>(52)</sup>

さて、法の対応物としての違法性は、彼にとって一切の刑法体系の第一の、かつ支配的な概念である。そこで法の本質につき、法は国家目的の規範的表現、特に彼の価値論の観点から換言すると、「法はこの社会内部の個々の価値努力に関する（国家的）社会の価値判断である。」<sup>(53)</sup>適法性は有利な、違法性はこの種の不利な価値判断であ

る。<sup>(54)</sup> その際、評価の尺度に關して、ザウアーにとっては、「法律的な根本原則」として国家目的に背反するといふより合致する、すなわち國家に害するというより益するところの価値努力、態度を個々の國民に要求する國家の目標が決定的である。<sup>(55)</sup> そこで、その「法的评价はなるほど人間の態度に結びつく。だが、これがいずれにせよ評価されるべきかどうかについては、結果が決定するのである。評価の客体は、その性質上人間の態度であり、それに対し、具体的評価の際にその尺度で比較される大きさは、結果なのである。」<sup>(56)</sup> と。かくして、彼によれば違法性の実質的内容は、客觀的に把握された「その一般の傾向によれば、國家およびその構成員にとり益するところより害するところが多い態度が違法である。」<sup>(57)</sup> とされる。他方、責任は「個人がそれを社会侵害的なものとして評価した、あるいは評価すべきであつたにもかかわらず、社会侵害的な態度へと自由に決定したという社会（法秩序）の無価値判断（「非難」）として」、簡潔に述べると「責任とはその違法性を知り、あるいは知るべきであつたにもかかわらず、違法行為（外部的態度）へと非難可能的に自由に意思決定したこと」だと定義される。<sup>(58)</sup> そこで、ザウアーによれば、違法性と責任とは評価の尺度のみならず、とりわけまた対象に關しても原則的な峻別がなされ、違法性判断の対象は外部的態度、責任非難の対象は精神的要素のみでありうるとする。しかしこれは原則であり、彼もまた主觀的構成要素の意味における例外を承認し、窃盜罪における領得の目的（Zueignungsabsicht）および詐欺罪における利得の目的（Bereicherungsabsicht）を認めるが、<sup>(59)</sup> ヘーグラールのように更なる例外を認めない。特に、違法阻却事由においては一切の主觀的要素を峻拒する。すなわち、「決して純主觀的な要素が、構成要件該当性あるいは違法性を根拠づけうるものではない。」<sup>(61)</sup> 不法の客体はその有害な結果の一般の傾向をもつ外部的態度であり、態度も結果も外部的なものでなければならぬだろう。「行為者の個別的な目的は評価の客体を形成するのではなく、所為の一般的目的、實在的目的、行為の一般の傾向が然るのである。行為は客觀的に解釈すべきであり、それに内在する目的が探究されるべきである。その問題は以下のごとし。所為は客觀的にい

に理解すべきか。そして、それから次のように問うべきである。この種の行為態様（！）が、国家等々に害する以上に益するものなのか。」と。<sup>(62)</sup>かくして、ザウアーは、たとい教師が同時に生徒の父親に対する復讐をなそうとしても、客観的に教育に奉仕しそれ自体通常の限界を保持している教師による生徒の懲戒を常に適法なものと考ええる。V・パールやM・E・マイヤーといった論敵がここで違法な傷害のかどで処罰しようと欲するなら、彼らは道徳と法との限界を混同するという重大な誤りを犯すものである。したがって、その他、訴追権、逮捕権、告訴権などの行使も、たとい官吏等が彼の法律を充足する行為をもって同時に實際上許されない別の目的を追求するとしても、適法なのである。<sup>(63)</sup>「国家は、客観的に国家に有益な行為が遂行されたときには喜ぶべきであり、行為者もそれに相応する、しかも実際上めつたに明確に定め難い心情から行為したということに適法性が依存せしめられるべきではないものと、われわれは考えるのである。」<sup>(64)</sup>また、しばしば引用されるシカーネ禁止条項（民法二二六条）も、行為者の主観的目的ではなく所為の客観的目的が問題だとする。

かようにして、ザウアーによれば、正当防衛および緊急権の諸事例につき防衛意思等主観的要素を要求する見解は、「全く明らかに明確な法律規定と矛盾する」のであり、それでもって「實際上全く余計な尺度が付け加えられる」のである。<sup>(65)</sup>けだし、「法秩序は、行為者の善き意思に法と不法の問題を依存させてはならず、それは専ら社会にとってのその所為の客観的価値に重点を置くべきである。」<sup>(66)</sup>しかるに、「反対論者はただに法と道徳の関係のみならず、違法性と責任のそれをも誤認するものである。けだし、彼らは前者を後者に依存せしめるからである。責任を基礎づける要素、したがってまた責任そのものが同時に違法性を根拠づけることになる。だが、われわれが見たように、責任は違法性を前提とする、すなわち、責任は行為者の心理の違法性への関係である。『客観的違法性の概念をほんの少しでも放棄すれば、責任はその前提と合流することになって、すなわち、混乱が生ずるのである（M・E・マイヤー＝筆者注）』」<sup>(67)</sup>と。<sup>(68)</sup>以上のように、ザウアーは、防衛意思を要求することは法と

道德の混同、更には違法性と責任との混同をもたらすものと批判し、防衛意思を徹底的に否定していたのである。

六 次に、主観的違法要素を特に独立の課題として最初に扱ったメツガーの「主観的不法要素」<sup>(69)</sup>（一九二四年）論文では、本論文の半分以上が学説史、原則的な不法と責任の区別、主観的違法要素の根拠づけに割り当てられているのであるが、にもかかわらず、かような主観的要素との関連で違法阻却の問題が重要な課題とされているのである<sup>(70)</sup>（なお、周知のごとく、第二論文「刑法上の構成要件の意義について」<sup>(71)</sup>（一九二六年）は、第一論文で簡単に触れられた主観的違法（構成要件）要素につき、実定法に基づく詳細な理論化に主眼点が置かれている）。もっとも、メツガーの客観的違法論ないし主観的違法（構成要件）要素の理論については既にわが国でもいくつかの有益な論稿が存するので、<sup>(72)</sup>ここでは本稿の課題との関連で、主観的違法阻却（正当化）要素を中心に簡単に触れるにとどめたい。

メツガーによれば、「不法は形式的に考察すれば抽象的な『名宛人なき』規範に対する違反であり、実質的に考察すれば利益侵害である。責任は行なわれた不法に対する関係においてのみ思考可能であり、この関係は常に心理的性質のものである。」したがって、「不法は原則的に客観主義的に、責任は原則的に主観主義的に方向づけられる。」<sup>(73)</sup>だが、「この異論なき原則から例外なき命題」を作り出すことはできない。客観的不法の原則（「不法は原則的に客観的な利益侵害である」）をもってしても、「かような利益侵害が常に他人の利益に反して向けられた者の『主観的』意思方向と独立に規定されるべきだ」ということは述べられないのである。緻細で複雑な人間の利益追求は、そのように粗雑かつ外面的に捉えられるものではない。最大利益満足の原則それ自体は、かえって主観的要素をも顧慮することを要求するのである。<sup>(74)</sup>（傍点原文隔字体）として挙げる三つの場合のうち第二の場合、すなわち、法秩序が行為者に他人の利益侵害を許容するが、そのために彼に「善意(guter Wille)」を要求する諸

事例が特にここでは重要となる。そして、かような観点がいかなるところで個々の承認されるかは、実定法のみが教えるのであるとする。<sup>(75)</sup>

そこでメツガーは違法阻却事由につき、不法がその実質的内容上利益侵害であるなら、不法が例外的に欠落する場合（正当化事由が与えられている場合）については二つの要素が決定的であるとする。すなわち、それは(1)何かある根拠からさもなくば不法において侵害される利益が欠落する（「利益欠缺の原理 (Prinzip des mangelnden Interesses)」）か、あるいは(2)不法を法にまで高めるより高く評価される他の利益が、この利益に対立する（「優越的利益の原理 (Prinzip des überwiegenden Interesses)」）かであるとして、この彼の有名な二つの原理から正当化事由が区別され<sup>(76)</sup>、それぞれ個別的な検討が加えられる。だが、以下でみるように、その諸帰結は完結した理論的構想に基づくというよりはむしろ、これら問題諸領域のカズイスティッシュな処理から生じたものといえよう。<sup>(77)</sup>

まず前者の「利益欠缺の原理」による正当化には、被害者の同意、推定的同意、事務管理の諸事例が挙げられ、被害者の同意では行為者の「内心の」「主観的」意思方向が同意の内容と一致することを要し、<sup>(78)</sup>同様に医療行為では「治療目的」を必要とし、<sup>(80)</sup>「ここでは「行為者の主観的目的」は正当化事由の適用にとって決定的意義を獲得する」のである。<sup>(81)</sup>その他、推定的同意や事務管理などでも必要な客観的条件とならんで、行為者の「善意」を要求しているのである。<sup>(84)</sup>

次に後者の「優越的利益の原理」による正当化は、行為者の特別の義務（特に公務上の、職業上の、教育上の義務）によって、あるいは行為者の特別の緊急権によって根拠づけられるが、これらは原則として客観的に考えるべきもので、主観的目的は重要ではないとされる。ただ、<sup>(82)</sup>「ここでは「裁量処分 (voluntives Ermessen)」の場合——たとえば、法定刑の枠内における刑の量定、教育権の行使など——は、行為者の「主観的目的」が適法性に

として決定的とされるが、それ以外の羈束処分や義務の衝突、さらに緊急権では厳格な客観的判断が必要だとされている。

そこで緊急権、特に正当防衛につきメツガーは、刑法五三条の正当防衛規定にあっては主観的正当化要素を肯定する何の根拠もないとされ、<sup>(86)</sup>「防衛意思」との関連で以下のように述べている。「主観的」不法(正当化)要素は、常に特別の証明を必要とする。だが、刑法五三条は偏見のない検討にあっては、ここで主観的尺度によって限界づけられ決定されるべきであるという何の根拠も明らかとしない。明白かつ明確に「現在の違法な攻撃の回避のために必要な」防衛が問題となる。実際上も、客観的解釈だけで満足しうるのである。すなわち、正当防衛状況の確定に際してその時々になお特に行為者の主観的目的を検討すべきであるという必要性は、訴訟上全く不可能な要求へと導くだろう。……刑法五三条は、主観的正当化要素を何ら含んでいない。<sup>(87)</sup>(傍点原文隔字体)として、防衛意思は明確に否定されていたのである。

なお、のちの議論との関連で未遂論について付言すると、メツガーは第一論文では、未遂の故意を主観的違法要素とする見解は主観的未遂論とともに否定されていたが、<sup>(88)</sup>次の第二論文では、未遂の故意を主観的違法(構成要件)要素として肯定しているのである。すなわち、主観的構成要件要素の存在に対する一切の疑念を未遂論についての指摘が除去するはずだとして、「実務において支配的な主観的未遂論は、『主観的』以外のものでは決定しないということははっきりしている。すなわち、一杯の砂糖水のグラスを飲むことは全く確かにそれ自体(客観的に)不法ではないが、それは本説によれば、墮胎目的でその手段の適性性(Tauglichkeit)を信じて行なうときには不法となる。だが、たとえば危険説の形式での客観的未遂論も、われわれが特別の不法類型の観点を適切に注目するときには、『主観的』メルクマールに従って決定しているのである。ただし、危険化それ自体(意識的な危険化も同じ!)が不法類型を決定するのではなく、広い範囲に及ぶ目的(『刑法四三条の「決意」)によって

担、わ、れ、た、危、殆、化、が、然、る、の、で、あ、る、。<sup>(89)</sup> (傍点原文隔字体) として、未遂の故意を主観的違法要素として肯定していた点は注目しておかねばならないであろう。

七 E・シュミットはリストの『刑法の教科書』第二五版(一九二七年)を改訂する際主観的違法要素の概念を導入したが、それは第二六版(一九三二年)に至り一層明確となったのである。シュミットも、主観的違法要素の承認を違法性の本質の明確な客観的および実質的規定によって可能ならしめたのである。

リスト同様、シュミットも一、般的犯罪概念は、違法で有責な行為<sup>(91)</sup>(もちろん、その際構成要件該当性は行為の違法性の確定のための出発点を形成する)<sup>(92)</sup>ないしは構成要件該当の違法で、有責な行為<sup>(93)</sup>として定義する。だが、違法性と責任との間の相違を、彼はリストとは異なり、メツガーの認識に従って根拠づける。すなわち、違法性と責任の問題にあつては、当為の対象(Sollensgegenstand)としての行為の法は二重の機能において対置される。まず違法性の確定では法は客観的評価規範として機能し、次に責任の確定にあつては決定規範(命令)として機能するのである。<sup>(94)</sup>違法性の中に含まれている無価値判断は、一般的もしくは所与の事例において法秩序の要請に従つて方向づける行為者の主観的能力とは独立に下されるという意味で客観的なのである。<sup>(95)</sup>この所為に関する法的無価値判断は二重のものを含んでいる。

「1、行為は国家規範、すなわち法秩序の命令もしくは禁止の違反として形式的に違法である。

2、行為は社会、侵害的(反社会的もしくは非社会的)態度として実質的に違法である。<sup>(96)</sup>」(傍点原文ゴシック体) かくして、シュミットの犯罪論も違法性に外部的態度を、責任に行為者の内心的態度を考察の対象として振り分けるが、にもかかわらず、彼もヘグラー、M・E・マイヤー、およびメツガーの論述に基づき、「主観的構成要件要素の存在」を確認するのである。<sup>(97)</sup>それでもって、客観的違法論における突破口が開かれるのである。「違法な」という価値判断は、たといこの判断の諸前提に一定の主観的な、すなわち行為者の心理的な要素が属する



としても、本文の意味において依然として『客観的な』、すなわち行為者の責任に依存しない判断なのである。すべての主観的なものが責任に属するわけではない！<sup>(98)</sup> かようにして、「特別の構成要件においては主観的メルクマールも違法性にとって構成的意義をもちうる」<sup>(99)</sup> とされ、たとえば刑法二四二、二五七、二六五、一四六条や「猥褻行為」<sup>(100)</sup> さらに刑法一九二条以下および刑法一八五条等が挙げられるが、最後に、「真のかつ重要な『主観的違法要素』として『決意』は、行為が法益に対して向けられ、これを攻撃し、危殆化するという確認を可能にする」<sup>(101)</sup> として、刑法四三条の決意、すなわち未遂の故意は主観的違法要素とされ、その根拠は「未遂の本質」から明らかとなるとされているのである。<sup>(102)</sup>

では、主観的正当化要素についてはどうであろうか。シュミットは依然二五版では、明示的な立法者の意思に相應する類型化された正当化事由においてのみ主観的正当化要素に出会すとし、M・E・マイヤー、グラフ・ツードーナ、メツガー等と異なり、たとえば懲戒の違法性につき、「ここでも、懲戒が教育目的に相應するかどうかは客観的にのみ検討すべきである。ここで、われわれが専ら実質的不法の観点に依拠しているところでは、客観的尺度以外のものは排除されるのである。類型化された正当化事由にあってのみ立法者の表明された意思に適う主観的正当化要素に出会しうるのである。」<sup>(103)</sup> としてやや限定的態度をとっていたが、次の二六版では正当化の原理につき、「ある行為が構成要件該当性にもかかわらず、それが国家的に規制された共同生活のこの目的の達成のための相当な(正当な)手段として現われるときには、違法ではない。」<sup>(104)</sup> (傍点原文ゴシック体) とされ、「目的説」の観点から主観的正当化要素を引き出すに至り、懲戒権も「懲戒者の主観的教育的態度においてのみ」可能とされ、<sup>(105)</sup> 同様のことは刑法一九三条等においても認められたのである。<sup>(106)</sup>

かようにシュミットにあっては主観的正当化要素の認められる範囲につき広狭の変遷があるものの、もともと、本稿の課題である「防衛意思」についてはメツガー等と異なり、終始これを肯定していたのである。すなわち、

「防衛意思によって担われた行為にあつてのみ、『防衛』ということが語られる。彼がそれでまさに自己または第三者に対して向けられた攻撃を防衛するということを知ることなしに、他人の法益を侵害する者は、かくして他人の法益への侵害でもって全く防衛しようとしていない者は、五三条に基づきえない。それに対して、攻撃を防衛する者が専ら防衛の目的のために行為するということは必要ではない。その種の制限は、防衛の概念から引き出されない。」と。さらに、その根拠として、彼は注で以下のように述べている。本文はフランク(Frank §53 II)と一致して、五三条で使用されている防衛という概念の一定の解釈ならびに生活観念との一致に基づく。正当化を根拠づける正当防衛の前提のもとで主観的要素を承認するというこのような解釈は、ザウアー(Sauer Grund-lagen 345, 349)が述べるように、法と道德、違法性と責任との混同に導くものではない。主観的不法要素が存在するように、主観的正当化要素も存在する等として、その必要性が主張されている。なお、本文からも明らかによつて、シュミットは「防衛意思」(Verteidigungswille)を要求しているのであつて、防衛の動機(Verteidigungsmotiv)まで必要としていないという点もここで注意するべきであらう。<sup>(11)</sup>

八 ところで、主観的違法要素の存在については、特にメツガーの研究に刺激される形でかなり多数の学者が多かれ少なかれこれを肯定する立場を表明するに至つた。<sup>(12)</sup> そのうち有名なものをクロノロジカルに挙げると、フランク、グリュンフォート<sup>(13)</sup>、エンギッシュ、ロバート・V・ヒッペル、ホーニツヒ、ヴァヒンガー<sup>(14)</sup>、ラートブルフ<sup>(15)</sup>、ローゼンフェルト<sup>(16)</sup>、ジーガート<sup>(17)</sup>、グラーフ・ツッ・ドーナ、ブルンス、ライヒ裁判所第二刑事部<sup>(18)</sup>、ジーバーツ等である。ここでは、本稿の課題との関連で重要と思われるものの若干の見解を簡単に挙げておこう。

フランクは、彼のコンメンタールの第一五版(一九二四年)において既に、「超過的内心傾向」の諸事例における「目的(Absicht)」および既遂の故意は未遂において違法性を(ともに)根拠づけるといふヘーグラー説に賛同した。だが、ヘーグラーとは異なり、これは責任の性格を排除しないものと主張していた。<sup>(19)</sup> 同様のことは後の第

一八版(一九三一年)でも以下のように述べられている。「目的(Absicht)が関係する出来事が既遂に属すると仮定すれば、その目的の責任の性格は疑いのないところであろう。立法者が既遂をより早く現出させているという根拠から、それがどうして異なって評価されるべきなのかは理解できない。未遂にあっても承認されているように、それに属する既遂の故意は外部的事象を超えて違法性を根拠づけるにかかわらず、責任に属するのである。」と。なお、既に触れたように「防衛意思」については、フランクはつとに必要説に立っていたが、シュミットが挙げるように、その根拠を「防衛(Verteidigung)」の概念に置き、次のように述べている。「防衛意思が正当防衛行為に属するかどうかは争われている。それは肯定すべきである。なぜなら、この主観的要件は防衛の概念の中にあるからだ。」と。

次にヒツペルは、客観的違法論に立ち「客観的違法性は所為に関する無価値判断を意味する。責任はさらに加えられる行為者に関する無価値判断である。前者では犯罪の客観的事実が、後者では犯罪の主観的事実が問題となる。」と表明しながらも、主観的違法要素を肯定する。すなわち、「多くの犯罪構成要件は主観的(精神的)メルクマール、特に一定の目的の追求を要求しており、その存在が所為の違法性に属する(いわゆる主観的不法要素)ということが、近時再三指摘されている。それ故、すべて主観的なものが責任に属するわけではなく、また、単に客観的なものが違法性に属するわけではない。」と。だが、他方彼は「防衛意思」については、アルフェルト、ベーリング、ヘーグラ、ザウアー、メツガー等とともに「いかなる動機から、およびいかなる更なる目的のために窮迫状態にある者(der Bedrohte)が正当防衛を行使するかはどうでもよいことである。だが、ライヒ裁判所や文献の一部は、彼がいずれにせよまずさし迫った攻撃の防衛のために、かくして防衛のために行なったということ并要求しているが、私見によればそれは不当である。」と。その際、その根拠として彼は注で、反対説の論拠はいわゆる「防衛」という言葉の言語上の意義にしか依りえないのであるが、しかし防衛とは、事後の客

観的判断が必要な防御として認識するところのもの、かくして行為者が行為時に防御として認識したものと同じく防御であったということをもまさに十分に意味しうるのである。「原則的に適法性にとつては、客観的事後的判断が決定的である。」<sup>(12)</sup>として、防御意思の不要説を強調する。だが他方、一般にはあまり注意されていないが、ヒッペルはいわゆる「偶然防御」等の諸事例につき、「その所為が、行為者が表象するように違法であろうが、しかし実際には（たとえば、存在した）行為者によって認識されなかった攻撃のために）許容されているような場合」には、「既遂の犯罪は排除されるが、概念上不能未遂が存在する」として、一方で防御意思の不要説を主張しつつも、偶然防御等の事案の処理につき未遂の可罰性を肯定しているという点は注意すべきであろう。<sup>(13)</sup>

さらに、グラーフ・ツードーナは、メツガーの教科書の書評で（一九三二年）、彼がフィッシャー、ヘーグラールおよびM・E・マイヤーよりも早く、既に責任概念の要素に関する論文（一九〇四年）および違法性に関する著書（一九〇五年）において、「法秩序による行為の否認、かくしてその客観的評価は、行為者の目標設定に結び付けて始めて、かくして所為の違法性は行為者の意思方向に依存することがしばしばある」と主張しようとしたのであるが、当時メツガー等により違法性と責任を混同するものとして非難を受けたのであるが、彼自身当時、事実に正当化と心理的な正当化(Rw. S. 75)、実的目的と精神的的目的との対置(Rw. S. 99)、したがって正当化と免責との対置(S. 125)を指摘しようと努力していた点は看過されてはならないとする。<sup>(14)</sup>そこで、これと関連して、グラーフ・ツードーナはメツガー説とは「量的差異」についてしか異ならないとし、たとえばメツガーに反して、民法二二八条、刑法一九三条、刑法五三条「正当防御行為は、それが防御の目的のために遂行された場合に対してだけ、違法性が失われる」として、「防御目的」を要求する<sup>(15)</sup>、その他治療行為、職務行為等に主観的正当化要素を承認するのである。

その他、ブルンスも彼のボン大学懸賞論文『構成要件の理論の批判』（一九三二年）で、ヘーグラール、メツガー

等に従い主観的違法(構成要件)要素を承認し、特に未遂犯については、「既遂の目的(Vollendungsabsicht)」は現実に既遂となりかつ故意のかどで処罰される犯罪にあつては、前置される必要はない。だが、既遂へと至らなかつた犯罪にあつては、それは客観的に攻撃された法益が特別の危険の中にあつたということを明らかにする。既遂の目的は、未遂では主観的不法要素として現れるのである。<sup>(13)</sup>として、メツガー、シュミット説に従つており、まさに「既遂の故意は未遂行為を典型的な違法行為にまで高める」<sup>(14)</sup>ものである。他方、違法阻却事由については、「優越利益」による正当化の場合、すなわち、「正当防衛、超法規的緊急避難、義務の衝突、構成要件該当行為の正当化の典型的諸事例は、すべて目的行為(Zweckhandeln)を要求する。客観的に全体利益が保持されたという事実だけでは十分ではない。このような結果は、同時に行爲者の動機でなければならない。」<sup>(15)</sup>として、動機としての「防衛意思」が真の主観的正当化要素として要求されているのである(なお、これに対し「利益欠缺」による正当化の場合(同意、推定的同意)はこれが要求されず、かような場合は真の消極的構成要件要素だとされている)<sup>(16)</sup>。

九 以上のように、主観的違法要素の理論の構想はかなりの一般化を示したのであるが、その直後に、これに対する詳細でかつ強力な批判的態度がツインマールによつて示され、ついで、決定的で譲歩を許さぬ反論が、ゴールドシュミット、ペーリングおよびリットラーによつてなされたのである。もっとも、ここでも本稿のテーマとの関連でこれらの諸見解の若干の検討を加えてみたい。

ツインマールは彼のハビリタチオン『構成要件の理論について』(一九二八年)で、まずメツガーと同様の体系的基礎から出発する。すなわち、法の任務は人間の社会生活の外部的規制であり、法秩序は第一にわれわれが人間の態度を測定する評価規範の複合であり、第二に法規範は決定規範(命令)として考えられよう。形式的違法概念を超えて、彼も実質的違法性を段階づけ可能な社会侵害性の意味において承認し、そしてこの実質的考察

方法を漸次構成要件に関する個別研究に使用するのである。<sup>(13)</sup> その際、構成要件をメツガー同様不法類型として考へ、また、違法性は原則上客観的な構成要件要素によって規定されるが、他方実定法における主観的構成要件要素の存在をも承認するのである。<sup>(14)</sup> そこで、彼はメツガーと同じ問題提起から、個々の法律上の犯罪記述の詳細な検討をなし、その中に含まれている行為者の精神的メルクマールが法益ないし利益侵害的な行為の性格に対して新しい何ものかを付け加え、もしくはそれが所為の人的非難可能性を根拠づけるだけなのか、と。かようにメツガーと同様の方法論によりながらも、彼は不法を根拠づける主観的要素の範囲をメツガーより本質的に狭く限定すべきものとしたのである。彼によれば、主観的構成要件（違法）要素として承認されるのは、メツガーのいう「傾向犯」の一部と「表現犯」のみである。<sup>(15)</sup> これに対して、ツインマールはとりわけメツガーの「目的犯」（ヘーグラールの「超過的内心傾向をもつ犯罪」）は全部主観的構成要件要素をもつ犯罪類型から排除しようとする。<sup>(16)</sup> これらの関連で、彼は刑法四三条の未遂につき、メツガーの理論は貫徹不能なものとして、「メツガーの意味において未遂にあつても、常に外部的行為の意味ある意欲を「仮定しようとするなら、「しかしながら、犯罪が既遂になつたか、未遂段階に止まったかどうかに応じて、外部的行為の単純なる意欲が意味ある意欲かが存しようという注目に価する帰結となる。そのようなことは当然不可能である。」メツガーの誤りは、ここでは「行為（Handlung）」という言葉の不正確さの中にある。メツガーのように、この概念の中に構成要件の中に現れる中間結果（Zwischenergebnis）を編入してはならない。このことを注目し、「行為」の代りに結果をも包含する言葉である「所為（Tat）」に取り換えるときに、全困難は解消する。「未遂にあつては、常に所為の、すなわちわれわれが最終結果（Endergebnis）と名付けようとするところの構成要件該当の結果の単純なる意欲が存在する。その発生とともに、当該刑法の提立が保護しようと目指したその法益の侵害が生ずるのである。最終結果発生はこの単純なる意欲は、それへと導く行為ならびに中間結果は明らかにそれ自体のためにではなく、最終結果のための手段としてのみ意

欲されているということは全く自明のことなのである。メツガーの用語で云うと、最終結果の単純なる意欲は、手段として考えられる行為と中間結果の意欲ある意欲を前提とする。したがって、行為のこの意味ある意欲は第二次的性質のものであり、それに対し第一次的かつ本質的なものは最終結果の単純なる意欲であるということを見過ぎない場合にのみ、未遂において「行為」の意味ある意欲ということとを述べることは全く不当というわけでもない<sup>(16)</sup>。と。かくして、ツインマールによれば、未遂の故意は既遂の故意と同様、最終結果の単純なる意欲責任要素」とされているのである(なお、同旨の主張としてわが国では瀧川<sup>(16)</sup>)。なお、周知のように、ツインマールは「目的犯」を「不真正」目的犯と「真正」目的犯の二つのグループに分け、前者は目的の目標は元来的にも一般的にも当罰的な害悪を示さず、その目的のモメントは何ら不法を根拠づけず責任要素であり(刑法一四〇条、二二四条、二二六条、一三七条、二六三条、三二三条二項、三四三条等)<sup>(16)</sup>、これに対し後者は、目的の内容は事実上法秩序が防止しようとする害悪に属し(刑法八七条、九五条、九七条、一〇一条、一四三条、二〇二条、二〇六条、二二九条、二五七条、二六五条、二七四条、二八八条、三三三条、三四六条、一二四条、一四六条、二三四条、二七五条二三項等)、この目的の内容は事実上特別の不法類型の定式化に関与しているが、目的それ自体は構成要件要素ではなく、それが向けられているもの、すなわち目的の客体であるにすぎない。かようにして、彼はメツガーの主観的構成要件要素を客観的なものに還元するのである<sup>(16)</sup>。そこで、彼は行為者の主観的関係の代りに、不法要素として「行為の客観的傾向」<sup>(16)</sup>を置き、主観的構成要件要素としてのメツガーの「目的犯」を拒絶したのである。では、違法阻却の面ではどうか。ツインマールはここでも例外を承認せず、正当防衛、正当化する緊急避難、被害者の同意、治療行為、懲戒行為、事務管理等々において、行為者の主観的要素を明白に否定し、「私見によれば、不法それ自体が原則的に主観的要素から自由であるように、疑いのある場合には常に客観的性質のものと承認すべきである<sup>(16)</sup>。」「したがって、「防衛意思」についても「どうして主観的要素によって客観的に

認される態度が是認されざる態度に変化することになるかは理解できない。<sup>(15)</sup>」とされ、攻撃の知見および防衛への意思は何ら正当防衛の前提とはされないのである（なお、二年後の彼の著書『刑法体系の構成』（一九三〇年）では、全体として以上のような主張は沈黙ないし消極的発言に止まっているということも付言しておく。<sup>(16)</sup>）。

次に、ゴールドシュミットは「規範的責任概念」（一九三〇年）の論文で、主観的違法要素の理論に対して徹底的に反論を加え、「目的 (Absicht)」は構成要件該当性に何らの役割を演じないものであって、メツガーにより提立された目的犯、傾向犯および表現犯は何ら主観的違法要素を含まないとした。<sup>(17)</sup>すなわち、目的自体はすべて責任に属し、<sup>(18)</sup>傾向犯も最も重い責任の程度を示すにすぎず、表現犯も責任要素に還元されるのである。<sup>(19)</sup>また、刑法四三条の未遂では、客観的なものに何ら対応するものがない既遂の故意は、責任要素に止まるものともされている。<sup>(20)</sup>もっとも、かような帰結に至るのは、ゴールドシュミットの法と違法性の本質、構成要件等々の基本思想に基づくものである。周知のように、ゴールドシュミットはつとに彼独自の規範論から命令説に立ちつつ、客観的違法性と責任との区別を、「個々人に一定の外部的態度を要求し」その違反が違法性を示す「法規範 (Rechtsnorm)」<sup>(21)</sup>とならんで、「法秩序によって彼の外部的態度に設定された要求に応じうるために必要のように、その内心的態度を調整するべく個々人に課せられた、語られざる規範」<sup>(22)</sup>（傍点原文ゴシック体）たる「義務規範 (Pflichtnorm)」<sup>(23)</sup>があり、その違反が責任を成すとする。彼は義務規範を法規範からの抽象によって獲得するにもかかわらず、この両者の命令は全く相互に独立のものと考えるべきものとする。ただし、責任なき不法 (schuldloses Unrecht) が存するように違法結果なき責任 (Schuld ohne rechtswidrigen Erfolg) も存しうる。そして、後者の現象の類型こそは未遂であって、通説は違法な結果を危殆化の形態においてこじつけているにすぎない。彼によれば、未遂は行為者が侵害しようとする法規範に対応する義務規範の違反にすぎず、いずれにせよ、絶対的不能未遂を刑事政策上処罰しようとするときにはこのことは明白であると。<sup>(24)</sup>かくして、外部的行為に限定された法規範という彼



の純粹な命令説の上で構築された体系において、主観的違法要素の存在にとつての何らの余地もないのは明らかである。<sup>(10)</sup> もっとも、これに対し本稿の課題である「防衛意思」との関係では、いわゆる「偶然防衛」等の事例につき、「行為者が知ることなく正当化事由が客観的に存在しているとするとするならば、以下のことが問題となる。行為者がその存在を事実の錯誤により知らないとするなら、不能未遂が存在する……。かくして、客観的に正当防衛で人を殺すが、その正当防衛状況を全く知らない者は、私見によれば——いずれにせよ現行ドイツ法によれば——殺人未遂のかどで責任を負う。云々。」<sup>(11)</sup>として、未遂の可罰性を肯定しているのであり（これも、前記の「不法なき責任」という彼の規範論からの帰結であるが）、<sup>(12)</sup>それ故、ゴールドシュミットは「防衛意思」の必要説に立つのである。

さらに、ベーリングは「構成要件の理論」（一九三〇年）の論文で、法定構成要件＝「指導形象(Leitbild)」とする見解から、主観的違法（構成要件）要素の理論と決定的に対峙したのは周知のところであろう。<sup>(13)</sup>ただ、本稿との関連では以下のことは注意されなければならない。すなわち、彼のいわゆる「主観的不法条件(subjektive Unrechtsbedingungen)」の提案である。「外部的な態度が違法であろうということに対する条件的なものとして主観的な何ものかを考えるというように条件の思考形式を引き合いに出すことは、論理的に可能である（『主観的不法要素』の代りに『主観的不法条件』）」として、まさに「防衛意思」を採り上げ、「たとえば、正当防衛の許容性に『防衛意思』が属するという（私によって与せられていない）ライヒ裁判所の見解に従えば、その構成は以下のようなだろう。すなわち、正当防衛の行使そのものは、それが正当防衛状況の外部にもつであらうところの客観的に違法な行為の性格を保持し、それは、行為者が防衛目的を追求するときのみ違法ではない、と。それにあっては、法の主権者(Rechtsorden)は彼が外部的側面からは同一の態度の徹底した規制を控え、そしてその違法性もしくは適法性を行為者の内心的態度によって初めて依存せしめるとするならば、彼は実際上いかなる範

困で処置するのは、やはり問題である。また、客観的違法性をより厳密に引き出そうとする場合には、主観的条件はそのため結局消滅してしまい、責任の側面の要素としてのみ判明するのかどうかは依然非常に問題である。だが、ここではこれらの問題は、さらに追求されなくてもよからう。<sup>(16)</sup>（傍点原文隔字体）として、その「主観的不法条件」なるものの提案とともに、防衛意思の要否については極めて曖昧なままに残存せしめられているのである。が、しかしペーリングの「主観的不法条件」の提案が防衛意思との関連でその論理的可能を示唆されたという点は特記しておきたい（なお、リットラー等の見解については拙稿を参照されたい。<sup>(16)</sup>）

十 ヘーグラールは再度彼の論文「一般的犯罪概念の枠内における主観的違法要素」（一九三〇年）で主観的違法要素の理論についての再検討を行ない、その当時までにこれに加えられた批判に対する反批判ならびに自らの立場の明確化を試みた。もっとも、彼の基本的立場そのものにはあまり変化はないが、ここでも本稿のテーマとの関連で、簡単に触れるに止めたい。

ヘーグラールは、違法性と責任とは前者が外部的・客観的なもの、後者が内心的・主観的なものに対応するという通説のドグマは、一方で主観的違法要素、他方で客観的責任要素の存在によって、最早維持されないものだとする。<sup>(16)</sup>特に通説の自然主義的・認識的な区別——違法性と責任の区別は構成要件要素のうちの外界および行為者の内心メルクマールに対応する——は、規範的に相違する考察方法によって取り換えられねばならない。すなわち、違法性と責任との対置は、現実性要素、存在態様の自然主義的相違ではなく、評価する判断の性質の相違に依るものである。この評価の相違は、彼によれば、違法性の問題にあっては所為が法秩序に違反する態度として（形式的違法性）および社会侵害的な行ないとして（実質的違法性）注視され、評価されるといふ点である。それに対し、責任の問題では所為をその人格的意義において、すなわち違法なおよび社会侵害的な行為に対する行為者の内心的態度について評価するものである。<sup>(16)</sup>だが、なるほど「違法」という価値判断にとっては圧倒的に外

界の要素が問題となり「責任」の価値判断では行為者の内心世界の要素が問題となるというのは原則的には肯定されるが、例外的に多くの犯罪記述は行為者心理を呈示する要素が責任の評価考察方法の領域ではなく、違法性のそれに属するものもあるとして、再度彼の命名にかかる「超過的内心傾向をもつ犯罪」の指示を行なうのである。<sup>(10)</sup>そこで、ツインマールの云う「不真正目的犯」と「真正目的犯」の検討を通して批判が加えられるが、特にここで前記のツインマールの批判のうち未遂につき、犯罪が既遂となったか未遂に止まったかに応じて、既遂の故意が責任要素もしくは主観的違法要素になるのは支持しえないとする点について、ヘーグラは再び心理学的存在考察方法と目的論的価値考察の対置の指摘をもって擁護する。心理的には、もちろん内心的経過は同一であろう。つまり、未遂が存在するにせよ既遂が存在するにせよ、常に「外部的に『有害な結果』を実現する認識と意欲」が問題である。「だが、目的論的には、犯罪のオルガニズムの構成における意義にとつては行為者によって欲せられたものが決定的ではなく、法律によって要求されたものが決定的であり、そして『実行の開始』が客観的に要求されるにすぎない未遂が存在するのか、『有害な結果』の発生が要求されている既遂が存在するかどうか、すなわち、当該の『有害な結果』が客観的に実現されたものとして、あるいは『意図された』ものとしてのみ犯罪記述の中で現れているかどうかは、ここでは全く異なったものを意味する。かくして、未遂の場合において『有害な結果』に向けられた認識と意欲は、既遂の場合と異なった何ものかを意味する、すなわち、前者では違法性を根拠づける要素、後者では責任要素としてのみ考慮される……ものと述べることは全く正しいのである。」<sup>(11)</sup>(傍点原文隔字体)として、未遂の場合故意が主観的違法要素であるのは法律の要求であり、それは「存在の変化(Sein-metamorphose)ではなく、価値考察の視角の変更(Änderung)が存在する。」<sup>(12)</sup>のだと。

また、本稿のテーマである「防衛意思」との関連では、一九一五年論文と何ら変るところはなく同一の否定的言明がなされている。すなわち、その根拠づけあるいは阻却にとつて、主観的要素が(ともに)構成的役割を演

ずるところの不法阻却事由があるかどうかという問題については、「私は、両者の問題を否定した(し、否定する)。(『不法阻却の』根拠づけにとつての前提として、それ(『主観的要素』)は考慮されない。というのも、いかにして一定の主観的要素、目的(Zweck)意図もしくは見解(Ab-oder Ansicht)がさもなくば——犯罪の記述にしたがつて——利益侵害的態度からこの性格を奪い取りうるのかは理解できないだろうからである。その阻却(negatio negationis)にとつての前提としてもそうなのである。というのも、どうして現実に客観的に徴表される態度(たとえば、教師の正当な懲戒)が、それが主観的に懲戒者等の復讐の動機から発したときに、『違法な』、社会侵害的なものとして現れるのかは明らかではないからである。」(傍点原文隔字体)と。

最後に、ジーバーツの一九三四年に出版された著者『刑法における主観的不法要素の理論に対する寄与』(内容的には既に一九三二年に完成されたものとされている)<sup>(12)</sup>で、彼はその当時までの主観的不法要素の理論の詳細な学説史を含む該問題の包括的総合的な理論化を試みたのである。彼もまず、違法性と責任との区別に関し、E・シュミット等に従い「客観的違法性の確定に際しては、法は客観的評価規範として、責任(義務違反)の確定に際しては主観的決定規範として作用するという命題を確認する。違法性と責任は不可分の関連する、すなわち前者は後者の論理的前提である。『積極的命令としての法に、論理的に尺度としての法が先行する』(ラートブルフ『筆者注』)<sup>(13)</sup>だが、ある人間の態度が法の評価規範に違反する、したがって違法かどうかの実践的探究にあつては、刑法上行爲者心理における要素に依存せしねばならないのかどうかという問題は法適用の論理的過程で二つの箇所で見れる。すなわち、第一の問題は主観的違法要素であり、<sup>(14)</sup>第二の問題は主観的正当化要素である。<sup>(15)</sup>とこ

ろで、「違法性判断においては、法秩序は客観的評価規範として作用する。(不法類型としての)構成要件は、かくしてその目的論的意味をこの法の第一次的機能から受け取るところの犯罪類型から集成されねばならない。」<sup>(16)</sup>そして、構成要件は法律がその類型性において記述された態度を当罰的な法益侵害もしくは危殆化として表示す

る犯罪類型の全要素から構成されるものであり、また、実質的違法性は法益侵害もしくはその危殆化として考えるべきものとされる。<sup>(18)</sup> が、その際その本質概念たる法益とは「刑法上の構成要件に導入された消極的価値結成に對する引き立て役を形成する客観化された積極的価値」<sup>(19)</sup> として極めて抽象的に定義されるが、内容的にはビンディングと同様、法益とは支配的国家理念に基づいて形成される国家財 (Staatsgut) であるとされ、<sup>(20)</sup> 他方、正当化原理との関連ではメツガー等の「法益衡量説」が否定され、グラーフ・ツーン・ドーナ、V・リスト、E・シュミット等に従い、「目的説」に左袒して、<sup>(21)</sup> 「社会において支配的な文化観念、国家制度において卓越する評価、生活習慣、取り引きの慣習、時代の潮流、とりわけまたその時代とその国民の道義観念と文化理念が『目的の正当性』ならびに『手段の相当性』にとって決定的であ」<sup>(22)</sup> り、その文化観念こそは国家の指導者階層が基準となるものであって、<sup>(23)</sup> 結論的には「超法規的正当化にあっては、主観的不法阻却事由がある役割を演じうるかどうかという問題は国家を担う国民層の支配的な文化観念から、その時々事例に對してのみ答えられるのである。」<sup>(24)</sup> とする。

そこで、「現行刑法における主観的構成要件要素の証明」(第三章)が個別的になされるのであるが、<sup>(25)</sup> ここでは刑法四三条の未遂についてのみ若干触れておこう。<sup>(26)</sup> 彼によれば、「決意」が既に違法要素かどうかにつきツインマールが挙げる二つの例 (Lehre vom Tatbestand (S. 14ff.))、すなわち、戦場で兵士が発砲するが、弾丸の方向に敵兵も味方もあるという場合、および徒弟Aが彼自身の財布とその親方の財布も入っている引き出しに手をかけるという例では、「これらの行為が違法な殺人未遂もしくは窃盗未遂を意味するかどうかの決定は、行為者の内心的態度を引き合いに出さなければ全く下されえない」<sup>(27)</sup> 好箇の例だとされ、また、「純粹に外部的には多義的な態度を、目的 (Absicht) が初めてかの刑罰規定に該当するであろう法益の危殆化の意味において一義的に、かくして違法なものたらしめるのである。」<sup>(28)</sup> として、未遂の故意は主観的違法要素として肯定されているのである。

また、本稿の直接のテーマである「防衛意思」については、その第四章「現行刑法における主観的正当化事由

の証明」の中で論ぜられ、彼も判例および通説とともに防衛意思の必要説に左袒して、既述の条文上の「防衛

(Verteidigung)」の概念、一般的言語の慣用以外に、正当防衛の目的論的解釈から、「正当防衛の規範的屬性」はただに不当にも攻撃された法益を救うということのみならず、また全く一般的に法秩序を不法に対して防衛するといふところの中に見出されるものとされ、しかも「この後者の観念的效果の中に、まさに昔から正当防衛の特別のバトスがある」のであり、この高度に非物質的な価値(immaterialer Wert)は防衛意思が欠ける場合には実現されないとして、必要説しかも正当防衛状況の知見(認識)を超える防衛意思(防衛「目的」)を要求しているのである。

(なお、その他クロノロジカルには、E・ヴォルフ(一九三二、三二年)、それに続くシャフシュタイン等の諸見解が挙げられようが、方法論的にも内容的にもまさに次代たるナチス期の主張に属するので、ヴォルフ以降の見解は次款で検討されよう。)

- (1) Löffler, ZStW Bd. 21 (1901), S. 571.
- (2) Eduard Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903.
- (3) Freiherrn Alexander Hold v. Fenneck, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. I (1903) und II (1905).
- (4) Alexander Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905.
- (5) Vgl. dazu Mezger, GS Bd. 89 (1924), S. 219; ders. Lehrbuch, S. 165ff. なお、佐伯・前掲書七二頁以下等参照。
- (6) なお、本稿の課題との関連で重要なものはネラーフ・シー・ヤーナの見解である(注④)所掲の Die Rechtswidrigkeit, 1905 u. Die Elemente des Schuldbegriffs, Antrittsvorlesung, gehalten in der Aula der Universität Halle a. S. am 24. Oktober 1904, GS Bd. 65 (1905) S. 304 f.f.)。彼の見解は既に新カント主義(特にシュタムラーの見解に基づく)による「実質的違法性論」

に属し、形式主義化された法秩序ではなく、法にとっては主観的所与は不可避的役割を果たすとして、彼の有名な公式「行為は正当な目的のための正当な手段 (rechtes Mittel zu rechtem Zweck) たるべからず」(S. 46)として、しかもその際「正当な目的」とは行為者の「動機」ないし「心理的」目的を指すものであり、したがって彼は、行為の目的とは客観的ではなく主観的要素を基礎においてのみ、かくして行為者の意思によって決定されうるところから出発したのである。そして、それはまさに明らかにライヒ裁判所によっても実際に転換せしめられた(「防衛意思必要説」への転換)テーゼなのであるとされる(vgl. Steinbach, a. a. O., S. 96f.; Schünemann, a. a. O., S. 28; Mezger, GS Bd89, S. 225ff.)。この点で、たれかが隣家の窓ガラスを破壊し、それによって炭酸ガス中毒によって危険に曝されていた子供の生命を救助するというドーナの設例につき、行為者が元々救助目的で行為するならば何ら違法ではないが、彼が子供の危険を知らず、悪意あるいは悪戯の意思で行為するならば、毀物損壊のことで処罰されるべきだ(GS Bd. 65 S. 311など同前) Fischer, RW, S. 289)とする見解に典型的に現われているものといえよう。

- (7) Braun, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, 1936, S. 3.
- (8) Vgl. Schünemann, a. a. O., S. 20.
- (9) Beiling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 142.
- (10) Beiling, L. v. V., S. 141.
- (11) Johannes Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Binding-Fest., 1911, S. 332.
- (12) Nagler, a. a. O., S. 286 Anm. 8.
- (13) Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.
- (14) この第二の点につき「責任ある」とりわけ挑発する正当防衛行為者を「負責せられざる(真の)正当防衛行為者」と同一視する、とは矛盾ではなからうか。Fischer, a. a. O., S. 244ff. Dazu vgl. Sieverts, a. a. O., S. 6; Steinbach, a. a. O., S. 97.
- (15) Fischer, a. a. O., S. 138.
- (16) Fischer, a. a. O., S. 258.
- (17) Fischer, a. a. O., S. 294ff.
- (18) フィッシャーは本書を締めくくるにあたり以下のように述べている。「心情のりっぱさを外部的な措置によって達成しようと努める一切の法秩序は、純粹倫理の領域へのこのような限界超脱をもって何も達成しない。それ故に違法性阻却事由の類型性について動揺せしめられるべきではない。生命の危険もしくはその他の重大な危難から自らを解放する緊急避難行為者、無礼な

攻撃から自己を防衛する正当防衛行為者については、彼らが法によって保護されている目的を追求し、そして同じく第三者が、彼らが他人の権利領域を踏み越える場合に客観的救助を与えるときにも、彼らが人の救助を実際上も行なおうとしていると直ちに信じてよいだろう。……だが、われわれに関心のある現実生活上の毀損行為が仮定しうる多様性にあつては、まさに逆に行為者において、彼が法によって促進される目的をおよそ注視しなかつたということが明らかに証明されうるということが生ずるであらう。やつては、私見によれば、客観的違法性の原則事例が再びその力を示さねばならぬ。」(S. 294) Dazu vgl. Mezger, GS Bd. 89, S. 230f.; Sieverts, a. a. O., S. 7; Steinbach, a. a. O., S. 98, 99. 佐伯「主観的違法要素」前掲註111頁終。

- (19) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 186 Anm. 8 u. S. 187 Anm. 12; Arthur Baumgarten, Notstand und Notwehr. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht, 1911, S. 106 Anm. 1.
- (20) Vgl. Sieverts, a. a. O., S. 7f.; Braun, a. a. O., S. 4, 5, 6. 佐伯・前掲註111頁終。
- (21) August Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW Bd. 36 (1915) S. 19ff. und S. 184ff.
- (22) Vgl. dazu Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 8 und 44ff. (54) 本書の邦訳津田利治註・〈ミシケン領邦註(昭和六〇年) 四一〇 四四四頁以下) ; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1963, S. 9ff.; Steinbach, a. a. O., S. 22 Anm. 3.
- (23) Sieverts, a. a. O., S. 8f.; Steinbach, a. a. O., S. 22.
- (24) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 20 und dort Anm. 4.
- (25) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 20 und Anm. 4.
- (26) Vgl. Hegler, ZStW Bd. 36, S. 19ff.
- (27) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 31.
- (28) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 35.
- (29) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 31.
- (30) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 36 Anm. 45.
- (31) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 37; ebenso später in der Frank-Festgabe (1930), Bd. 1, S. 258.
- (32) Vgl. Mezger, Lehrb., S. 169; Braun, a. a. O., S. 5.
- (33) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915 (2. unveränd. Aufl. 1923), S. 12.



- (34) M. E. Mayer, a. a. O., S. 185ff.
- (35) Vgl. M. E. Mayer, a. a. O., S. 86 und 185ff.; dazu Steinbach, a. a. O., S. 98 Anm. 3.
- (36) Vgl. M. E. Mayer, a. a. O., S. 186ff.; dazu Sieverts, a. a. O., S. 18.
- (37) M. E. Mayer, a. a. O., S. 279ff.; vgl. dazu Spengel, Bockelmann-Fest., S. 246 und dort F. n. 6. なお、佐久間・前掲書三八頁注(4)で、M・E・メイヤーが必要説の論者として挙げられているが誤記である。
- (38) 既にフランクは「刑法五三條に指導的目的としての主観的な防衛目的を要求していた。すなわち「防衛の目的をもつていなら者は同様に正当防衛行為にならう。」」(Frank, Das Strafgesezbuch für das Deutsche Reich 11/14. Aufl. 1911 und 1914, §53 II; zitiert nach Mezger, GS Bd. 89 S. 306)。
- (39) RG; in: Deutsche Strafrechts-Zeitung, 1916, S. 250.
- (40) もっとも、本判決以前に防衛意思を要求する二つの先行判決が存在した。一つは、一九〇四年二月一五日のバイエルン最高ラント裁判所(Königlich Bayerisches Oberstes Landesgericht)のものであり、同判決によれば「正当防衛は防衛行為であり、そして防衛が必要ではないかあるいは行為がこの目的のために為されなかったところでは排除される。攻撃の防衛の目的のために遂行されなかった行為は防衛行為ではなく、そしてそれによって事実上違法な攻撃の遂行を阻止したということによっても防衛行為とはならない。」(in: Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 4, S. 236, Urt. v. 15.2.1904.; zitiert nach Steinbach, a. a. O., S. 93) など、二つの判決(RG; in den Bayer. Blättern für Rechtsanw., Bd. 69, S. 441) について批評することはわからなかった。おとどめ、これらの二判決や Beilng, L. v. S. 141 Anm. 2; Fischer, RW. S. 138 Anm. 33; noch Mezger, GS Bd. 89 S. 306 Anm. 1 u. s. w. が指摘しているが、当時、すなわち世紀の転換期頃、それらの判決は実定法を追いつ越している(ペーリング)とか、防衛目的の強調は通説と明らかに相即しない(フィッシャー)等と消極的に引用されているにすぎなかったという点とも付記しておく。
- (41) RG in DStZ 1916 S. 250.
- (42) オルスハウゼンは、報復等の副次目的(動機)があっても正当防衛は排除されないが、しかし「正当防衛状態にある者の意思が、自己または他人の違法な現在の攻撃を防衛するために向けられている」ということは必要であるとして「正当防衛の知見(Kenninis)ではなく目的(意図、動機)の側面を特に強調するにすぎない(Justus Olshausen, Kommentar zu den Strafgesetzen des Deutschen Reichs, Band I und II, 10. Aufl., 1916, §53 Nr. 13; vgl. dazu Mezger, GS Bd. 89 S. 305f. 「ハインツ」の前は一八八二年ライヒ判決等を支持して、動機は重要ではないことを強調している)」。Z. B. Olshausen, Kommentar,

6. Aufl., 1900, §53 Nr. 13<sup>9</sup>。

(43) なお「ケーラー自身は防衛意思につき正当防衛状況の知見が本質的要件をなすと」<sup>1)</sup>、防衛の意図・動機(目的)を明示的に拒絶する(August Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1917, S. 288f. u. 357f.)<sup>9</sup>。

(44) Mezger, GS Bd. 89, S. 304 ; Sieverts, a. a. O., S. 199 u. S. 209f. u. s. w.

(45) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 54, S. 196ff. なお「本判決の簡単な概要については、草野約一郎・刑事判例研究第四卷(昭和十四年)三一頁以下および正当化行為の必要性の誤認という観点から本件判決を詳細に示すものとして、中・誤想防衛論一九七頁以下参照。

(46) RGSt. Bd. 54, S. 199.

(47) RGSt. Bd. 54, S. 200.

(48) 行為者が他の意図とならんで防衛意思をもっていたことで十分だとする見解の根拠づけのために「故意の不可分性」を論拠とする本判決には、防衛意思を故意との関連で述べるビンディング説との共通性が見出される。そのかぎりで、防衛意思が(主観的・違法要素なのか責任領域に属するものかという根本的疑念も含まれているのである(dazu vgl. Straub, a. a. O., S. 20 Anm. 1)<sup>9</sup>。

なお、その後一九二六年六月一日のライヒ裁判所の判決では、被告人(妻)の夫は夜間寝室で長い口論をし、その最中に夫はベッドから飛び出し、妻のベッドに近寄り被告人を殺すと脅迫した。そこで妻はリヴォルヴァーで、夫を二発で殺害したという事案につき、「たとい被告人が既に以前から彼女の夫を殺害する機会を探していたとしても、彼女は行為時に正当防衛または誤想防衛の中にあつたのである。そこから、被告人が正当防衛権もしくは誤想された正当防衛権を利用する動機(Motiv)は問題ではなく、同じく同時に防衛目的(Zweck)が存したかぎりで、被告人が防衛以外の他の目的を追求していたかどうかは問題ではない。」(RGSt. Bd. 60, S. 261)という判示がみられる。もっとも「本件は、たとえば保障関係内攻撃の一例としても今日では問題となる事案である(山中敬一・正当防衛の限界(昭和六〇年)二六八頁以下等参照)。

(49) Ludwig Ebermayer-Adolf Lobe, Das Reichsstrafgesetzbuch, 1920, 2. Aufl. 1922, §53 N. 3b (zitiert nach Mezger, GS Bd. 89 S. 306)。

(50) Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, 1921.

(51) Vgl. Sieverts, a. a. O., S. 18.

(52) Sauer, a. a. O., S. 201.

- (53) Sauer, a. a. O., S. 263.
- (54) Sauer, a. a. O., S. 273.
- (55) Sauer, a. a. O., S. 275ff.
- (56) Sauer, a. a. O., S. 282.
- (57) Sauer, a. a. O., S. 286.
- (58) Sauer, a. a. O., S. 548f.
- (59) Sauer, a. a. O., S. 548.
- (60) Sauer, a. a. O., S. 343ff.
- (61) Sauer, a. a. O., S. 345.
- (62) Sauer, a. a. O., S. 346f.
- (63) Sauer, a. a. O., S. 347f.
- (64) Sauer, a. a. O., S. 348.
- (65) Sauer, a. a. O., S. 348f.
- (66) Sauer, a. a. O., S. 349. なお、本款二の注(6)で挙げられているドーナの窓ガラス損壊の設例についても、ザウアーは隣人の窓ガラスを破壊し、それによって炭酸ガス中毒のために危険に曝されていた子供を知らずに救う者は、あらゆる諸事情のもとで適法に行為するのである。つまり、彼がそのガラスを悪意から破壊しようとして、「国家ならびに隣人は、人間の生命が救われたといふことを望むべくもなからざる。」(S. 349 Anm. 1)と主張するのである。
- (67) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 12.
- (68) Sauer, a. a. O., S. 349.
- (69) Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS Bd. 89, 1924 S. 207-314.
- (70) Mezger, GS Bd. 89, S. 270ff.
- (71) Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschrift für Traeger, 1926, S. 187-230.
- (72) たとえば、佐伯「主観的違法と客観的違法」および「主観的違法要素」同・刑法における違法性の理論(昭和四九年)五五頁以下、二〇九頁以下を代表として挙げておく。
- (73) Mezger, GS Bd. 89, S. 257.

- (7) Mezger, GS Bd. 89, S. 259f.
- (72) Mezger, GS Bd. 89, S. 259f. ; vgl. Steinbach, a. a. O., S. 99.
- (76) Mezger, GS Bd. 89, S. 270.
- (77) Vgl. Steinbach, a. a. O., S. 100.
- (78) Mezger, GS Bd. 89, S. 270ff.
- (79) Mezger, GS Bd. 89, S. 278ff. など 拙稿「被害者の承諾(下)」法学セミナー三九〇号(昭和六二年)五八頁以下をも参照。
- (86) Mezger, GS Bd. 89, S. 282ff.
- (87) Mezger, GS Bd. 89, S. 286.
- (88) Mezger, GS Bd. 89, S. 287ff.
- (89) Mezger, GS Bd. 89, S. 292ff.
- (84) ただ、推定的同意との関連でドーナの窓ガラス損壊の設例につき、メツガーは主観説(ドーナ、フィッシャー)と客観説(ザウアー)との中間説をとっており、本事例では「直ちに行為者の『内心的意思方向』は完全にその状況の重大性の背後に退くということが明らかとなる。いかなる理由から行為者が窓を破壊したかどうかはどうでもよく、彼がそれを破壊したということが重要である。それ故に、行為者はたとい彼が『悪戯の意思あるいは悪意から』行為したとしても、すべての事例で無罪である。」と、結論的には客観説に従うつも、主観主義と客観主義との妥協を計ろうとしているのである(S. 291f.)。
- (85) Mezger, GS Bd. 89, S. 286ff.
- (86) Mezger, GS Bd. 89, S. 303ff. insbes. S. 308.
- (87) Mezger, GS Bd. 89, S. 308f.
- (88) Mezger, GS Bd. 89, S. 226.
- (89) Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-Fest., S. 207.
- (89) ハンズ・エーバーハルト『Eberhard Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW Bd. 49 (1928), S. 367, 370, 390ff. ; ders., Die mittelbare Täterschaft, in Frank-Festg. Bd. II, 1930, S. 127 ; ders., Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Berücksichtigung des Staatsnotstandes und der Schwangerschaftsunterbrechung, Mitt. der IKV N. F., 5. Bd., 1931, S. 155f. ; vgl. dazu Sieverts, a. a. O., S. 33 Anm. 71.
- (95) Franz v. Liszt-Ederhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 145.

- (92) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 146.
- (93) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., 1932, S. 145.
- (94) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 172f. Anm. 2, 208f. ; 26. Aufl., S. 174ff., 223.
- (95) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 172 ; 26. Aufl., S. 174.
- (96) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 173 ; 26. Aufl., S. 176.
- (97) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 183f.
- (98) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 175 Anm. 3.
- (99) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 184.
- (100) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 320 ; 26. Aufl., S. 184.
- (101) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 537 Anm. 2.
- (102) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 648.
- (103) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 336.
- (104) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 301.
- (105) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 302.
- (106) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 200 Anm. 3.
- (107) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 187.
- (108) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 212.
- (109) E. Schmidt, Mitt. der IKV N. F., 5. Bd., S. 155 ; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 212 Anm. 3. Dazu vgl. Sieverts, a. a. O., S. 36f.
- (110) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 187f. ; 26. Aufl., S. 198.
- (111) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 188 Anm. 13 ; 26. Aufl., S. 198 Anm. 14.
- (112) Vgl. Sieverts, a. a. O., S. 37 ; Braun, a. a. O., S. 5. なお 佐伯・前掲書 111頁等参照。
- (113) Max Grünhut, Literaturbericht, ZStW Bd. 50 (1930), S. 285ff. ; ders., Literaturbericht. Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger, Strafrecht, ZStW Bd. 52 (1932), S. 117ff. ; ders., Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, Beiheft 3 (Liepmann-Erinnerungsschrift) d. Monatschr. f. Krim.-Psych., 1930, S. 9.



- (131) Graf zu Dohna, ZStW Bd. 52, S. 101.
- (132) Graf zu Dohna, ZStW Bd. 52, S. 101.
- (133) Graf zu Dohna, ZStW Bd. 52, S. 110.
- (134) Hermann Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 35ff.
- (135) Bruns, a. a. O., S. 37.
- (136) Bruns, a. a. O., S. 38.
- (137) Bruns, a. a. O., S. 45.
- (138) Bruns, a. a. O., S. 46.
- (139) Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. Ueberschene und vernachlässigte Probleme, 1928, S. 1 ff.
- (140) Zimmerl, a. a. O., S. 29ff.
- (141) Zimmerl, a. a. O., S. 45ff.
- (142) Zimmerl, a. a. O., S. 49.
- (143) Zimmerl, a. a. O., S. 31ff.
- (144) Zimmerl, a. a. O., S. 37.
- (145) 龍川幸次「刑法における構成要件の機能」同・龍川幸次刑法著作集第五卷(昭和五六年)三三三頁。
- (146) Zimmerl, a. a. O., S. 39f.
- (147) Zimmerl, a. a. O., S. 40.
- (148) Zimmerl, a. a. O., S. 63.
- (149) Zimmerl, a. a. O., S. 67.
- (150) Zimmerl, a. a. O., S. 67.
- (151) Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, z. B. S. 3ff., 115-118 u. s. w. (dazu vgl. Sieverts, a. a. O., S. 45-47).
- (152) James Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, in Frank-Festgabe, Bd. 1, 1930, S. 458.
- (153) Goldschmidt, Frank-Festg. Bd. 1, S. 458f. 463.
- (154) Goldschmidt, Frank-Festg. Bd. 1, S. 459f. 463.
- (155) Goldschmidt, Frank-Festg. Bd. 1, S. 461.

- (156) Goldschmidt, Frank-Festg. Bd. I, S. 461f.
- (157) Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, (Sonderabdruck), 1913, S. 17.
- (158) Goldschmidt, Notstand, S. 18 ; ders., Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925, S. 234 Anm. 1287 ; ders., Frank-Festg. Bd. I, S. 434, 436. なお、つれづつ佐伯・前掲書「三四頁以下」を、桂（木村）静子「法規範と義務規範」法学論叢五九卷一号（昭和二十八年）四七頁以下等をも参照。
- (159) Vgl. Sieverts, a. a. O., S. 79. など、佐伯・前掲書「三四頁以下」。
- (160) Goldschmidt, Notstand, S. 41f.
- (161) なお、オーストリアの「不法なき責任」説との関係では、拙稿・前掲金沢法学二八卷一号一六頁以下、二六頁注⑫等、および同「不法における結果無価値と行為無価値」(一)、関法二六卷一号（昭和五十一年）一六三頁以下、同二号三三八頁等をも参照。
- (162) Ernst Beiling, Die Lehre vom Taubstand, 1930, insbes. S. 10ff.
- (163) Beiling, L. v. T., S. 12 Anm. 1.
- (164) Dazu vgl. z. B. Diethard Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 31f. u. s. w.
- (165) 拙稿・前掲金沢法学二八卷一号一頁以下等参照。
- (166) August Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 251ff.
- (167) Vgl. Hegler, Frank-Festg. Bd. I, S. 270ff. 302ff.
- (168) Hegler, Frank-Festg. Bd. I, S. 276ff.
- (169) Hegler, Frank-Festg. Bd. I, S. 295.
- (170) Hegler, Frank-Festg. Bd. I, S. 295 Anm. 4, noch vgl. 327ff.
- (171) Hegler, Frank-Festg. Bd. I, S. 258.
- (172) Braun, a. a. O., S. 6.
- (173) Rudolf Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934, S. 4-90.
- (174) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 73.
- (175) Sieverts, a. a. O., S. 110 vgl. dazu S. 91ff.



- (176) Sieverts, a. a. O., S. 111.
- (177) Sieverts, a. a. O., S. 112.
- (178) Sieverts, a. a. O., S. 114.
- (179) Sieverts, a. a. O., S. 116.
- (180) Vgl. Sieverts, a. a. O., S. 117.
- (181) Sieverts, a. a. O., S. 118.
- (182) Sieverts, a. a. O., S. 119.
- (183) Sieverts, a. a. O., S. 122ff.
- (184) Sieverts, a. a. O., S. 131ff.
- (185) Sieverts, a. a. O., S. 136f.
- (186) Sieverts, a. a. O., S. 137f.
- (187) Sieverts, a. a. O., S. 139.
- (188) Sieverts, a. a. O., S. 140-198.
- (189) Sieverts, a. a. O., S. 158ff.
- (190) Sieverts, a. a. O., S. 160.
- (191) Sieverts, a. a. O., S. 162.
- (192) Sieverts, a. a. O., S. 199-240.
- (193) Sieverts, a. a. O., S. 208ff.
- (194) Sieverts, a. a. O., S. 208f.
- (195) Sieverts, a. a. O., S. 210.
- (196) ハンク・ブラウン vgl. Braun, a. a. O., S. 6. なお、佐伯・前掲書二四一頁以下等をも参照。

### 三 評 価

以上、今世紀初頭から一九三〇年代頃までの諸説の概観ならびに検討から、この時期については以下のように総括的に述べられよう。

今世紀への転換点ないし初頭は、違法性と責任との区別を巡る論争から客観的違法論が優位を占めるに至り、その際それはベールリングに代表される「違法は客観的に、責任は主観的に」というテーゼを純形式的・自然主義的に貫徹し、主観的なものが客観的違法に影響を及ぼしうる余地はなかったといつてよい。だが、間もなくいわゆる新カント価値哲学に基づく「目的論的考察方法」から、一方で主観的違法要素の発見、他方で形式的違法論から実質的違法論への重点の変遷が行なわれるに至った。もつとも、主観的違法要素の発見者として通常挙げられるフィッシャー、ヘーグラー、M・E・マイヤー、メツガー等においても——民法学者フィッシャーを除いて——数多くの主観的正当化要素が挙げられたものの（もつとも、既述のようにこのことはヘーグラーには妥当しない）、「防衛意思」は依然不必要であると明示的に拒絶されていた。だが、この主観的違法要素の発見・発展とならんで、ライヒ裁判所による防衛意思必要説への明示的転換がなされるに至った。もちろん、防衛意思必要説は前世紀末のビンディング等による「故意」を媒介とする（主観的違法論に基づく）素朴な必要説から出発しながらも、今世紀においては当初一方でライヒ裁判所の判例の明示的転換に伴うコメントイターによる必要説（オルスハウゼン、ローベ等）の流れと、他方で主観的違法要素の発見による漸次的拡大・展開過程から生じた主観的正当化要素としての必要説（フランク、E・シュミット、グラーフ・ツィ・ドーナ、ブルンス、ジーバーツ等）との二つの流れが存し、これらが合流する形で防衛意思の必要説が少数説から多数説へと展開していくことに

なった。<sup>(2)</sup> だが、あくまでもその当時までは、主観的違法要素は目的論的考察方法に基づく個別的論証を要する例外現象と考えられていたため、その論証方法如何によつては必ずしも必要説に至らず不要説も十分併存しえたのである(ヘーグラ、ザウアー、メツガー、ツィンマール等)<sup>(3)</sup>。もともと、防衛意思の問題は他面で、正当化事由の事実的存在についての不知(たとえば、「認識なき正当防衛」ないしわが国でいわゆる「偶然防衛」等)の場合の処理を巡り、一方で主観的違法要素を一切峻拒しながら必要説に立つゴールドシュミット、他方で防衛意思の明示的拒絶を表明するV・ヒッペル等が未遂の可罰性を肯定する(それに対し、V・バルは「不能未遂」の故に無罪)といった錯誤論からのアプローチも存在するという錯綜した状況にあった。

かように、一九三〇年代頃までは「防衛意思」を巡る議論の対立は複雑多様な様相を呈示しつつ経過してきたのであるが、もともと、主観的違法要素の理論は目的論的考察方法から実質的違法性、すなわち法益(ないし利益)侵害ないし危殆化に影響を及ぼす(法益侵害性、社会侵害性)かぎりで主観的違法要素が承認されるものとしていたが、ここからさらに未遂の故意をも主観的違法要素として承認されていたのである。そこで、一方で判例・学説による主観的正当化要素を含む広範な主観的違法要素の一般的承認、他方で主観的未遂論の浸透は、結局法益侵害性(社会侵害性)を何ら変更せず、したがってそれらに還元しえない場合も存在しうるのではないかという重大な疑念を抱かせるに至り、その後の時代の大きな潮流(ナチス思想)と相俟って、むしろ直截に主観を含む行為者そのものを問題とすべきであるという「意思刑法」(ないし「心情刑法」)の主張のための決定的な推進力の一つに変質してゆくことになるのである。<sup>(4)</sup>

(一) なお、この「発見」という概念については異論が唱えられている。たとえばバイダーによれば、主観的不法要素の「発見(Erfassung)」と述べるときには、それは全く自明の出来事というわけではない。「だれかが法学上、因果関係あるいは客観的目的

性を発見した」と一体だれが述べるであろうか。むしろ、主観的不法要素の「発見 (Erfindung)」と述べる方がよりよいであろうとしており (Waider, a. a. O., S. 177)。<sup>1)</sup> またシュンペルも同様に「防衛意思」を発見した「より正しくは発見した」と述べるべきであると述べられている (Spendel, Bockelmann-Fest., S. 245)。<sup>2)</sup> このような主張に反対するものとして、vgl. Steinbach, a. a. O., S. 20 Anm. 1.

(2) その他、本文に挙げた以外の著述者として、Friedrich Oetker, Notwehr und Notstand, in VDA Bd. II, 1908, S. 275; Thea Booss-Rosenthal, Deliktville und Handlungswille im Strafrecht (Str. Abh. Heft 288) 1931, S. 32f. 39f.; P. Wolf, Betrachtungen (1927) S. 175 (zit. nach Frank 18A, S. 162); RMG Bd. 12, S. 234 u. s. w.

(3) その他、本文に挙げた以外の著述者として、Rudolf Alexander, Das verbrecherische Verhalten des Geisteskranken, 1926, S. 48; Beseler, Miniaturen, S. 42f. (zit. nach Sieverts, S. 209 A.41) u. s. w.

(4) Dazu vgl. z. B. Braun, a. a. O., S. 23; Zilinski, a. a. O., S. 55f. Anm. 200; Ernst-Joachim Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S. 36ff.; Hermann Lampe, a. a. O., S. 80f. u. s. w. など。佐伯・前掲書二四一頁以下、内藤・前掲刑法雑誌九卷一四一頁以下等々をも参照。

— 未完 —

(一九八七・一〇・七稿)